

Utvising av EØS-borgere fra Norge

Om internasjonale skranker for norske myndigheters utvisningsadgang



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 599
Leveringsfrist: 26.04.10

Til sammen 17 876 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Forskjellen på utvisning og bortvisning	3
1.3	Norsk og EØS-rettslig regelverk om utvisning av EØS-borgere.....	4
1.4	Rettskildebruk i oppgaven	5
1.5	Retten til fri bevegelse i EØS-området	6
<u>2</u>	<u>DET EØS-RETTLIGE PROPORSJONALITETSPRINSIPPET I SAKER OM UTVISNING.....</u>	<u>9</u>
2.1	Det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet som skranke for inngrep i retten til fri bevegelse	9
2.2	Innholdet i vurderingen etter det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet	11
2.2.1	Tiltaket må være egnet.....	11
2.2.2	Tiltaket må være nødvendig	12
2.2.3	Tiltaket må være forholdsmessig i snever forstand	13
2.3	Oppsummering og fremstillingen videre	15
<u>3</u>	<u>VILKÅR FOR UTVISNING ETTER DIREKTIVET OG UTLENDINGSLOVEN.....</u>	<u>16</u>
3.1	Innledning	16
3.2	Vilkårene etter direktivet og norsk rett.....	16
3.3	Oversikt over vilkårene for utvisning	17

3.4	Utvisning av hensyn til offentlig orden og sikkerhet	18
3.4.1	EØS-borgere uten varig oppholdsrett	18
3.4.1.1	Hva slags adferd kan begrunne utvisning av hensyn til offentlig orden og sikkerhet?	19
3.4.1.2	Utlendingen må utgjøre en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel	20
3.4.1.3	Utvisningen må være begrunnet i personlig atferd.....	24
3.4.1.4	Utvisningen kan ikke begrunnes i økonomiske forhold	24
3.4.2	EØS-borgere med varig oppholdsrett	25
3.4.3	EØS-borgere som har oppholdt seg mer enn ti år i riket.....	27
3.4.4	EØS-borgere som er mindreårige	31
3.4.5	Statene har skjønnsfrihet til å fastsette beskyttelsesnivå.....	31
3.4.6	Utlendingsforskriftens regler om utnyttelse av den skjønnsfriheten EØS-retten gir	33
3.5	Utvisning av hensyn til folkehelsen	35
3.6	Oppsummering	36
<u>4</u>	<u>FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN ETTER UTLENDINGSLOVEN § 122(4)</u>	<u>40</u>
4.1	Innledning	40
4.2	Generelt om forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 122 (4)	41
4.3	EMK art 8 som del av forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 122 (4)	42
4.4	Det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet som del av	
	forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 122 (4)	45
4.5	Avgjørelsen inntatt i Rt 2009 s. 705	48
4.6	Oppsummering	50
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING.....</u>	<u>52</u>
<u>6</u>	<u>KILDELISTE.....</u>	<u>55</u>

<u>7</u>	<u>VEDLEGG.....</u>	<u>60</u>
-----------------	----------------------------	------------------

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Kriminelle utlendinger er et stadig tilbakevendende tema i den norske samfunnsdebatten. Det blir bl.a. diskutert hvilke rettigheter utlendinger i fengsel skal ha til ytelser fra folketrygden, hvilke soningsforhold de skal ha i norske fengsler og hvorvidt de skal sendes tilbake til sine hjemland etter endt soning.

Ikke minst er utvisning av innvandrere et tema som er gjenstand for debatt. Oppslag om at utlendinger som har gjort seg skyldige i alvorlig straffbare handlinger likevel får bli i Norge er stadig fremme i media.¹ Det samme gjelder oppslag om utlendinger som blir tvunget til å forlate landet og står overfor en usikker fremtid uten mulighet til kontakt med familie og venner i Norge.² Dette viser at norske myndigheters adgang til å utvise utlendinger fra landet er et omdiskutert politisk spørsmål.

Det politiske handlingsrommet på dette området er imidlertid lite når det er snakk om utvisning av EØS-borgere. Dette er fordi Norges adgang til å utvise EØS-borgere i stor grad er regulert av EØS-retten. Det følger også begrensninger i utvisningsadgangen av de internasjonale menneskerettighetene.

De internasjonale reglene om utvisning er imidlertid skjønnsmessig utformet. Dette gir norske myndigheter noe politisk handlingsrom til å utforme norske regler på området. Temaet i denne oppgaven er å klarlegge hvor stor frihet norske myndigheter gis til å utforme utvisningsregler for EØS-borgere, samt å se på hvordan friheten benyttes i det norske lovverket.

¹ Se for eksempel: <http://www.aftenposten.no/fakta/innsikt/article3523473.ece> (sitert 15.04.10)

² Se for eksempel: <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=514856> (sitert 15.04.10)

Utvisning av en EØS-borger er et inngrep i retten til fri bevegelse, noe som innebærer at det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet kommer til anvendelse.

Proporsjonalitetsprinsippet går enkelt sagt ut på at det inngrepet i den frie bevegelsen som utvisningsvedtaket medfører må stå i et rimelig forhold til målsetningen med tiltaket. Kravet om proporsjonalitet fungerer dermed som en skranke for Norges adgang til å utvise EØS-borgere. EFTA-domstolen er imidlertid tilbakeholden med å prøve proporsjonalitetsvurderingen fullt ut. Dette gjør at statene i utgangspunktet har skjønnsfrihet til å fastsette sitt eget ”beskyttelsesnivå”, det vil si hvor langt de vil gå for å verne bestemte interesser. Dette innebærer at statene i utgangspunktet selv kan fastsette når de mener hensynet til for eksempel offentlig sikkerhet tilsier utvisning. Det er imidlertid grenser for hvor langt skjønnsfriheten til å fastsette beskyttelsesnivå strekker seg. En viktig problemstilling i oppgaven er hvor stor skjønnsfriheten er.

I oppgaven gjøres det først kort rede for forskjellen mellom bortvisning og utvisning samt norsk og EØS-rettslig regelverk om utvisning av EØS-borgere (punkt 1.2 og 1.3). Etter dette kommenteres oppgavens rettskildebruk (punkt 1.4). Avslutningsvis i kapittel 1 behandles retten til fri bevegelse i EØS-området, fordi dette danner bakteppet for reglene om utvisning (punkt 1.5). I kapittel 2 redegjøres det for proporsjonalitetsprinsippet. Kapittel 3 tar for seg grunnvilkårene for utvisning som følger av EØS-retten og norsk utlendingslov og hvordan proporsjonalitetsprinsippet spiller inn ved tolkning og anvendelse av disse.

Dersom grunnvilkårene for utvisning er oppfylt, må det etter EØS-retten og norsk utlendingslov foretas en vurdering av om utvisningen er forholdsmessig. I kapittel 4 skal det sees nærmere på innholdet i denne forholdsmessighetsvurderingen. Derunder forholdet mellom forholdsmessighetsvurderingen og det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet.

Begrepet ”proporsjonalitetsprinsippet” brukes gjennomgående om det generelle EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet, mens begrepet ”forholdsmessighetsvurdering” brukes om den vurderingen som skal foretas etter unionsborgerdirektivets art 28 nr 1 og utlendl §122(4).

1.2 Forskjellen på utvisning og bortvisning

Det skilles i norsk rett mellom utvisning og bortvisning. Et vedtak om utvisning innebærer en plikt for den utviste til ikke å oppholde seg på norsk territorium. Etter norsk rett innebærer et utvisningsvedtak også et fremtidig innreiseforbud som kan være permanent eller tidsbegrenset.

Et vedtak om bortvisning innebærer også en plikt til ikke å oppholde seg på norsk territorium. Et bortvisningsvedtak innebærer imidlertid ikke noe fremtidig innreiseforbud. Bortvisning består typisk i at en utlending nektes adgang til riket. Bortvisning etter § 121 (1) bokstav a og c³ må skje ved innreise eller senest syv dager etter innreise. Bortvisning etter § 121 (1) bokstav b⁴ er derimot ikke tidsbegrenset. Bruk av utvisning er aldri tidsbegrenset på denne måten, utlendinger kan utvises også lenge etter at de kom til Norge.

En stat kan etter folkeretten ikke bortvise eller utvise sine egne statsborgere. Utlendinger kan imidlertid utvises og bortvises, men adgangen til dette begrenses av menneskerettighetene og EØS-retten der denne er relevant.

I EØS-retten skilles det ikke mellom ”bortvisning” og ”utvisning”, det snakkes kun om ”utvisning” med og uten innreiseforbud. Utvisning med et fremtidig innreiseforbud etter direktivet tilsvarer det som i norsk rett kalles ”utvisning”, mens utvisning uten innreiseforbud tilsvarer ”bortvisning”.

Av plasshensyn tar denne oppgaven kun for seg de norske reglene om utvisning. De norske reglene om bortvisning må imidlertid sees opp mot den samme EØS-rettslige bakgrunnsretten som behandles i denne oppgaven.

³ Bortvisning etter utlendl § 121 (1) a kan foretas dersom utlendingen ikke viser gyldig pass eller annet godkjent reisedokument eller visum når det er nødvendig. Bortvisning etter utlendl § 121 (1) c kan foretas der det foreligger forhold som gir grunnlag for utvisning.

⁴ Bortvisning etter utlendl § 121 (1) b kan foretas dersom utlendingen ikke har rett til innreise, oppholdsrett eller varig oppholdsrett etter kapittel 13 og heller ikke har rett til innreise eller oppholdstillatelse etter lovens alminnelige bestemmelser.

1.3 Norsk og EØS-rettslig regelverk om utvisning av EØS-borgere

Direktiv 38 /2004⁵ (heretter kalt unionsborgerdirektivet) gir regler om EØS-borgeres rett til å oppholde og bosette seg fritt innad i EØS-området. Unionsborgerdirektivet ble tatt inn som en del av EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 av 7. desember 2007.

I denne oppgaven brukes den norske oversettelsen av direktivet som er hentet fra St.prp.nr.42 (2007-2008). Den norske språkversjonen av direktiver som er tatt inn som en del av EØS-avtalen er etter avtalens art 129 nr 1 (3) autoritativ når den er publisert i EØS-tillegget til Den Europeiske Unions tidende. I henhold til EØS-komiteens beslutning nr. 158 /2007 art 3 skal en norsk utgave av unionsborgerdirektivets tekst publiseres, dette er imidlertid så vidt jeg kjenner til enda ikke gjort. Det anses likevel mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i den norske teksten i denne oppgaven. Dette må bl.a. sees i sammenheng med ordlydens noe underordnede betydning ved direktivtolkning, som blant annet skyldes at det etter EØS avtalen eksisterer like mange autoritative språkversjoner som avtaleland.⁶

Med hjemmel i traktatbestemmelsen om fri bevegelighet for personer er det i unionsborgerdirektivet gitt en viss adgang til å utvise EØS-borgere. Det fremgår av de relevante bestemmelsene i direktivet at utvisning ”kan” skje dersom vilkårene er oppfylte. Det er altså opp til statene å i hvert enkelt tilfelle ta stilling til om utvisning skal foretas.

Unionsborgerdirektivet gjelder for EØS-borgere og deres familiemedlemmer, jf direktivets art 3. Det gjelder ikke for tredjelandsborgere som er i Norge i forbindelse med tjenesteyting på vegne av et firma fra et EØS-land eller i forbindelse med etablering av et firma fra EØS-området. Deres oppholdsrett reguleres direkte gjennom de generelle reglene om fri bevegelighet.

Direktivregler må etter EØS-retten gjennomføres i norsk rett for at de skal få virkning i Norge. Bestemmelsene i direktivet er gjennomført i utlendingsloven (utlendl) 15. mai 2008

⁵ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium.

⁶ Se mer om dette i Arnesen (2009) s- 26 flg.

nr 35 kapittel 13 og forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 10. oktober 2009 (heretter utlendingsforskriften). Bestemmelsene i kapittel 13 gjelder for EØS-borgere og deres familiemedlemmer, jf utlendl § 110 (1)-(3). Kapittelet gjelder også for tredjelandsborgere som er her i forbindelse med tjenesteyting eller etablering, altså de gruppene som ikke er omfattet av direktivet, jf utlendl §§ 110 (4) og 114 (2). Videre er også EFTA-borgere omfattet av reglene i kapittelet, jf utlendingsforskriften § 19-1. For de utlendingene som er omfattet av bestemmelsene i kapittel 13, gjelder utvisningsreglene i utlendingsloven § 122 i stedet for de alminnelige utvisningsreglene i utlendingsloven kapittel 8.

1.4 Rettskildebruk i oppgaven

Rettskildebruken i oppgaven følger alminnelig akseptert rettskildelære, både når det gjelder norsk rett og EØS-rett. Det vises generelt til fremstillingen av EØS-rettslig metode gitt i kapittel 2 av boken *Internasjonalisering og juridisk metode*⁷. Den metodelæren som presenteres der legges til grunn i det følgende.

Mange av avgjørelsene som omtales i oppgaven er basert på direktiv 64/221⁸, som nå er avløst av det nye unionsborgerdirektivet. Grunnvilkårene for utvisning følger imidlertid direkte av *Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåte (TFEU)* art 45 og 52 og EØS-avtalens art 28 og 33, der det fremgår at inngrep i retten til fri bevegelighet kan gjøres av hensyn til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen. Disse grunnvilkårene for utvisning er dermed ikke endret med det nye direktivet. Videre er hovedlinjene i rettspraksis rundt det gamle direktivet videreført og delvis inkorporert i det nye direktivet. Gammel rettspraksis har derfor fortsatt betydning for forståelsen av bestemmelsene i unionsborgerdirektivet. Endringene i det nye direktivet knytter seg i hovedsak til at det er blitt høyere terskel for å utvise EØS-borgere som oppfyller vilkårene for den nye statusen ”varig oppholdsrett”, samt for EØS-borgere som har oppholdt seg 10 år eller mer i

⁷ Arnesen (2009).

⁸ Rådsdirektiv av 25. februar 1964 om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statsborgere som er begrunnet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen.

vertslandet.⁹ Gammel rettspraksis har derfor liten relevans på disse områdene. Slik praksis kan imidlertid fortsatt kaste lys over hvordan en skal oppfatte dagens vilkår for utvisning av personer uten varig oppholdsrett, da tilsvarende terskel som tidligere gjaldt for personer med varig oppholdsrett fortsatt gjelder personer uten slik rett.

1.5 Retten til fri bevegelse i EØS-området

Et av formålene med opprettelsen av EU var å skape et indre marked med fri bevegelse for varer, tjenester, kapital og personer. Dette omtales gjerne som de ”fire friheter” eller de ”grunnleggende friheter”. Gjennom EØS-avtalen er også Norge en del av det indre markedet og reglene om de fire friheter gjelder, med visse unntak, også her.¹⁰

Å etablere et indre marked er oppstilt som en av EUs kjerneoppgaver i *Traktaten om den Europæiske Union (TEU)* art 3 (3). Et viktig skritt på veien mot et fungerende indre marked var å tilrettelegge for at produksjonsfaktorene så langt som mulig kunne flyte uhindret innad i samarbeidsområdet. På denne bakgrunn ble bestemmelsene om fri bevegelse for personer tatt inn i den opprinnelige EF-traktaten.¹¹ I det som før het EF-traktaten, og som i dag er erstattet av *Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåte (TFEU)*, finner en regler om retten til fri bevegelse for arbeidstakere og tjenester samt regler om etableringsrett.¹² Parallelle bestemmelser er også tatt inn i EØS-avtalen.¹³ Med hjemmel i disse bestemmelsene har borgere av EØS-land som driver grensekryssende økonomisk aktivitet i lang tid kunnet bevege seg fritt innad i EØS-området.

Man kan derfor si at reglene om fri bevegelse av personer opprinnelig var motivert av økonomiske hensyn. Fri bevegelse for personer har imidlertid en annen side enn den rent økonomiske. Når mennesker flytter på seg oppstår det en rekke ulike juridiske spørsmål. Dette er for eksempel spørsmål om rett til å ta med seg familiemedlemmer til vertslandet eller spørsmål om hvilke rettigheter man har ved sykdom og arbeidsledighet. Reglene om

⁹ Dette fremgår av KOM (2001) 257 endelig s. 20.

¹⁰ Se EØS-avtalen art 1 (2).

¹¹ Se Condinanzi (2008) s. 21.

¹² Se TFEU art 45, 56 og 49.

¹³ Se EØS art 28, 36 og 31.

fri bevegelighet for personer har derfor alltid måttet sees i sammenheng med statenes utlendings-, arbeidsmarkeds- og trygdepolitikk¹⁴ og den sosiale delen av EU-samarbeidet¹⁵.

Utviklingen på 90- og 00-tallet har imidlertid gått i retning av at også selve retten til bevegelighet er blitt frikoblet fra det rent økonomiske aspektet og i større grad knyttet direkte til det å være EU-borger. Retten til fri bevegelighet har dermed tilkommet en stadig større gruppe. Dette har skjedd både gjennom EU-domstolens¹⁶ ekspansive tolkning av de ovennevnte traktatbestemmelsene og gjennom ny lovgivning.

Et viktig skritt var direktiv 90/364/EF av 28. juni 1990, der det ble klart at alle borgere av EU kunne bosette seg hvor de ville innad i unionen så lenge de hadde tilstrekkelig sykeforsikring og økonomiske midler til ikke å bli en byrde for det aktuelle vertslandet. Med dette tok retten til fri bevegelighet et stort steg bort fra å være en rettighet for økonomisk aktive, og over mot en generell og individuell rettighet til å bevege seg fritt.

Med innføringen av det såkalte unionsborgerskapet (art 20-22 TFEU) i 1993¹⁷ tok denne utviklingen enda et steg. Alle borgere av medlemslandene i EU er unionsborgere, noe som gir dem politiske rettigheter i EU og rett til å bevege seg fritt i unionen. I henhold til art 21 TFEU har alle unionsborgere rett til å bevege seg fritt med mindre annet følger av traktatene eller sekundærlovgivningen. Lenge var bestemmelsene i sekundærlovgivningen som regulerte denne retten spredt mellom en rekke ulike direktiver. I 2004 ble de imidlertid samlet i direktiv 38/2004, det såkalte unionsborgerdirektivet. I dette direktivet fremgår vilkårene for å kunne bevege seg fritt innenfor EU og EØS, og de begrensninger som kan gjøres i retten til fri bevegelighet.

¹⁴ *EØS-rett* (2004) s. 329.

¹⁵ Se *Foster* (2009) s. 294.

¹⁶ Etter ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten opphørte tre-pillar systemet og EF-domstolen gikk dermed over til å hete EU-domstolen. Jeg kommer til å kun bruke betegnelsen EU-domstolen, også ved henvisning til EU-domstolens virksomhet i den tiden den gikk under betegnelsen EF-domstolen. På samme måte bruker jeg konsekvent uttrykket EU-retten i stedet for EF-retten.

¹⁷ Unionsborgerskapet ble innført ved den såkalte Maastricht-traktaten som trådte i kraft 1. november 1993.

Reglene om unionsborgerskap er ikke en del av EØS-avtalen og norske statsborgere er dermed ikke unionsborgere i EU-rettens forstand. Unionsborgerdirektivet ble likevel innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr.158/2007. Etter dette gjelder reglene om fri bevegelighet i direktivet i utgangspunktet også for Norge som stat, norske statsborgere som bosetter seg i EØS-området og EØS-borgere som bosetter seg i Norge. De politiske rettighetene som tilkommer unionsborgerne, som for eksempel stemmeretten etter art 22 TFEU gjelder imidlertid ikke for norske statsborgere.

Ved siden av å gi rett til fri bevegelighet fungerer unionsborgerskapet som en tolkningsfaktor ved tolkning av regler som er koblet til retten til fri bevegelighet.¹⁸ Dette gjelder for eksempel retten til sosiale ytelser når en unionsborger først befinner seg i et annet medlemsland. I *Grzelczyk* var spørsmålet om belgiske myndigheter brøt EU-retten når en fransk student ble nektet utbetaling av stønad til livsopphold fordi han ikke var belgisk statsborger.¹⁹ EU-domstolen mente at forbudet mot diskriminering i art 18 TFEU i denne sammenhengen medfører et krav om likebehandling av alle borgere av EU-land. Unionsborgerskapet ble her trukket inn som en tolkningsfaktor som trakk i retning av likebehandling. Det kan da stilles spørsmål om resultatet hadde blitt et annet dersom unionsborgerskapet ikke var en tolkningsfaktor. Dersom unionsborgerskapet var en avgjørende faktor kan det nemlig tenkes at den aktuelle rettigheten ikke vil gjelde i EØS-sammenheng. Det er dermed ikke gitt at rettigheter som tilkommer unionsborgere gjelder tilsvarende for EØS-borgere.

I utvisningssammenheng er debatten om betydningen av unionsborgerskapet imidlertid lite relevant. Det er klart at selve retten til fri bevegelighet tilkommer EØS-borgere på lik linje med unionsborgere. Dette følger både direkte av EØS-avtalen og av unionsborgerdirektivet. Det er dermed også slik at EØS-borgere har samme vern mot utvisning som unionsborgere. Spørsmålet om betydningen av unionsborgerskapet settes på spissen først når det dreier seg om hvilke rettigheter en EØS-borger vil ha etter at

¹⁸ *EØS-rett* (2004) s. 330.

¹⁹ Sak C-184/99.

vedkommende først har rett til å oppholde seg i et annet EØS-land. Dette er utenfor temaet for denne oppgaven.

2 Det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet i saker om utvisning

2.1 Det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet som skranke for inngrep i retten til fri bevegelse

Proporsjonalitetsprinsippet går ut på at tiltak som iverksettes må være proporsjonale i forhold til sin målsetning²⁰. Proporsjonalitetsprinsippet er sentralt i både EU²¹- og EØS-retten²². Prinsippet regulerer EU-institusjonenes kompetanse til å treffe beslutninger overfor fysiske og juridiske personer og EU-institusjonenes lovgivningskompetanse. Videre har det betydning for nasjonalstatenes gjennomføring av EØS-rettsakter, og det fungerer som en skranke for nasjonale myndigheters adgang til å gjøre inngrep i de grunnleggende frihetene som er nedfelt i EØS-avtalen²³. I de førstnevnte tilfellene fungerer prinsippet som en skranke til vern om nasjonalstater og individer fra EU-institusjonenes innblanding. I det sistnevnte tilfellet fungerer prinsippet derimot som en skranke for *nasjonalstatenes* kompetanse til å gjøre inngrep i grunnleggende EU-rettslige friheter. I det følgende diskuteres proporsjonalitetsprinsippets funksjon som skranke for nasjonale myndigheters adgang til å gjøre inngrep i de fire friheter. Som nevnt vil et utvisningstiltak være et slikt inngrep. Proporsjonalitetsprinsippet setter dermed grenser for når EØS-borgere kan utvises.

Forutsetningen for at det skal være rom for en proporsjonalitetsvurdering på dette området er at tiltaket nasjonalstaten iverksetter har en legitim målsetning. Hva som i henhold til EØS-retten anses som en legitim målsetning vil variere blant annet etter hvorvidt det

²⁰ Tridimas, Takis (2006) s. 136.

²¹ I.c

²² Gjennom EØS-avtalen art 6 og ODA art 3 (2) gjelder prinsippet tilsvarende i EØS-retten som i EU-retten.

²³ Tridimas, Takis (2006) s. 137.

aktuelle tiltaket er direkte diskriminerende på grunnlag av nasjonalitet og etter rettsområdet en befinner seg på. Et utvisningsvedtak er direkte diskriminerende på bakgrunn av nasjonalitet og det er derfor kun de målsetningene som kan utledes direkte av EØS-avtalen som kan begrunne et utvisningsvedtak. Det følger av EØS-avtalens art 28 og 33 at de legitime målsetningene i utvisningssaker er hensynet til offentlig orden og sikkerhet samt hensynet til folkehelsen.²⁴

Et viktig begrep som er nært knyttet til kravet om en legitim målsetning, er det som kalles ”beskyttelsesnivå”. Dersom målsetningen med et tiltak for eksempel er å hindre spredning av en smittefarlig sykdom, vil beskyttelsesnivået forenklet sagt være knyttet til hvilken andel av befolkningen man godtar er smittet. EØS-landene kan i utgangspunktet selv fastsette hvilket beskyttelsesnivå en ønsker å legge seg på ved vern av ulike hensyn²⁵. Noen land vil for eksempel godta at 4 % er smittet av en sykdom, mens andre land vil ha et mål om at andelen skal være under 1 %. Videre har for eksempel Nederland en mer liberal narkotikapolitikk enn Norge og har dermed lagt seg på et lavere beskyttelsesnivå i forhold til en del narkotikarelatert atferd, enn det Norge har.

Utgangspunktet er at statenes skjønn når det gjelder fastsettelse av beskyttelsesnivå ikke overprøves. Dette er et resultat av at det som kalles forholdsmessighet i snever forstand, et av elementene i proporsjonalitetsvurderingen, i utgangspunktet ikke er gjenstand for overprøving, se mer om dette under punkt 2.2.3. Hvor stor skjønnsfrihet EØS-landene har til å fastsette dette beskyttelsesnivået varierer imidlertid fra område til område, og er blant annet avhengig av hvorvidt det finnes harmoniserende lovgivning som regulerer det aktuelle spørsmålet. I utvisningssaker kan det hevdes at sekundærlovgivningen medfører at beskyttelsesnivået langt på vei kan overprøves. Hvorvidt det er tilfelle vil diskuteres nærmere i kapittel 3 og 4.

²⁴ Dette følger også av unionsborgerdirektivet art.27 nr.1

²⁵ Se for eksempel sak 30/77 Bouchereau premiss 34 der det fremgår at medlemslandene har en viss skjønnsfrihet til å selv fastsette hva som kreves for å ivareta hensynet til offentlig orden til enhver tid.

Vurderingen av om et tiltak er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet er tredelt.²⁶ Både tiltakets egnethet, nødvendighet og det som kalles forholdsmessighet i snever forstand må vurderes for å kunne fastlå om et tiltak er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Disse vilkårene er kumulative, de må altså alle være oppfylte for at tiltaket skal være lovlig.

2.2 Innholdet i vurderingen etter det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet

2.2.1 Tiltaket må være egnet

Vurderingen av egnethet består i en vurdering av om det aktuelle tiltaket i det hele tatt er egnet for å nå det legitime formålet som påberopes. I en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen til Oslo tingrett om lovligheten av norsk pengespillovgivning ga EFTA-domstolen blant annet veiledning om anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet.²⁷ Saken handlet blant annet om hvorvidt Norsk Tippings enerett til å drive pengespill i Norge er i overensstemmelse med forpliktelsene som følger av EØS-avtalen, da en slik enerett innebærer en restriksjon på etableringsretten og den frie bevegeligheten for tjenester.²⁸ EFTA domstolen fremholder at dersom lovgivningen det gjelder er begrunnet i legitime målsetninger, er neste skritt å prøve om proporsjonalitetsprinsippet er overholdt.²⁹ Videre fremholdes det at prøvingen av om lovgivningen overholdt proporsjonalitetsprinsippet innebærer *”en vurdering av om enerettssystemet er egnet til å oppnå de tilsiktede målsetningene.”*³⁰

I forhold til utvisning innebærer dette at det må vurderes om utvisning er et egnet virkemiddel for å sikre for eksempel offentlig orden. I de fleste tilfeller vil det å utvise en person som er en trussel mot offentlig orden være et effektivt virkemiddel for å verne samfunnet mot vedkommende. Dette er fordi vedkommende etter utvisning ikke lenger kan

²⁶ Lilli, Marco (1999) s.518-519.

²⁷ Sak E-3/96 Ladbroses Ltd. mot staten v / Kultur- og kirkedepartementet og Landbruks- og matdepartementet

²⁸ Ibid premiss 40.

²⁹ Ibid premiss 49.

³⁰ Ibid premiss 50.

oppholde seg på landets territorium og dermed som oftest heller ikke kan utgjøre en trussel mot landet vedkommende er utvist fra. Det samme gjelder dersom personen har en smittsom sykdom og utvises av hensyn til folkehelsen.

2.2.2 Tiltaket må være nødvendig

Spørsmålet om nødvendighet er et spørsmål om det legitime målet kan nås ved hjelp av tiltak som i mindre grad virker hindrende på den frie bevegelse. Dette er altså en vurdering av hvorvidt det finnes tiltak som er mindre inngripende, men likevel like godt *egnet* til å oppnå målsetningen.³¹

I den ovennevnte avgjørelsen om Norsk Tippings enerett til å drive pengespill behandles også nødvendighetskravet nærmere. Det fremholdes at et ledd i proporsjonalitetsvurderingen er å se på hvorvidt lovgivningens legitime målsetninger *”bare kan oppnås med enerettssystemet, eller om andre og mindre inngripende tiltak ville være minst like effektive som middel til å nå målet”*³²

Domstolen påpeker at et mindre inngripende tiltak enn et system der Norsk Tipping har enerett på å drive pengespillvirksomhet kunne være et konsesjonssystem.

Når det gjelder utvisning må det vurderes om det finnes mindre inngripende måter å avverge trusselen en person utgjør. Bortvisning vil ofte være et mindre inngripende tiltak enn utvisning, da bortvisning ikke innebærer noe fremtidig innreiseforbud. Dersom bortvisning kan anses å være et egnet virkemiddel i en sak, bør dette i henhold til proporsjonalitetsprinsippet derfor velges fremfor utvisning.

Det kan også tenkes at helt andre tiltak enn bortvisning og utvisning kan avverge den faren en EØS-borger representerer. Dette kan for eksempel være aktuelt der den fare en person representerer skyldes psykisk sykdom. Dersom behandlingstiltak kan medføre at personen det gjelder ikke lenger utgjør en trussel mot samfunnet, tilsier dermed proporsjonalitetsprinsippet at vedkommende ikke skal utvises. Det samme vil i prinsippet

³¹ Tridimas, Takis (2006) s. 209.

³² Sak E-3/96 Ladrbrokes Ltd. mot staten v / Kultur- og kirkedepartementet og Landbruks- og matdepartementet premiss 58.

kunne være tilfelle dersom rehabiliteringstiltak, for eksempel under eller etter soning, kan gjøre at vedkommende ikke lenger utgjør en trussel etter løslatelse. Dette er imidlertid lite praktisk da det er vanskelig å forestille seg rehabiliteringstiltak som på samme måte som utvisning fullstendig fjerner trusselen personen utgjør. Bruk av tiltak som er alternativer til utvisning diskuteres nærmere under punkt 3.4.6 og 4.4.

Nødvendighetskravet innebærer altså at dersom en kan nå målet med utvisningen ved hjelp av andre og mindre inngripende tiltak enn utvisning, må disse benyttes.

2.2.3 Tiltaket må være forholdsmessig i snever forstand

Dersom et tiltak er både egnet og nødvendig, må det vurderes om det er forholdsmessig i snever forstand. Vurderingen av forholdsmessighet i snever forstand er en vurdering av forholdet mellom målsetningen med det aktuelle tiltaket og det inngrepet som gjøres i en av de grunnleggende frihetene. Spørsmålet er om inngrepet i grunnfriheten er så stort at det står i et urimelig forhold til hvordan statene vektlegger det målet som vil oppnås med tiltaket.³³ Det kan for eksempel spørres om behovet for å beskytte samfunnet mot kriminelle kan rettferdiggjøre et inngrep i den frie flyten av personer.

Utgangspunktet etter EØS-retten er at forholdsmessighet i snever forstand ikke er gjenstand for prøving av EU- eller EFTA-domstolen. Dette fremgår blant annet av *Volkswagen*³⁴ der EU-domstolen uttaler at det i utgangspunktet er opp til statene å fastlegge beskyttelsesnivået for legitime interesser. Et eksempel på at det å vurdere forholdsmessighet i snever forstand likevel er relevant finnes i *Stoke-on-Trent*³⁵ som omhandlet lovligheten av et forbud mot søndagsåpne butikker. Her uttalte EU-domstolen blant annet følgende: ”*Vurderingen af, om nationale bestemmelser, der forfølger et mål, som er berettiget efter fællesskabsretten, opfylder proportionalitetsbetingelsen, kræver en*

³³ Mathisen, Gjermund (2007) s. 87.

³⁴ Sak C-112/05 Kommisjonen for De Europæiske Fællesskaber mod Forbundsrepublikken Tyskland.

³⁵ Sak C-169/91 Council of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc.

*afvejning af den nationale interesse i, at målet realiseres, over for fællesskabsinteressen i at sikre frie varebevægelser.”*³⁶

Et annet eksempel finnes i sak E-1/09³⁷ der EFTA-domstolen behandlet en sak om rettmessigheten av bostedskrav i Liechtenstein for styremedlemmer og ledelsen i banker samt advokater og noen andre yrkesgrupper. Bostedskravet ble ansett som en restriksjon på den frie bevegeligheten. Det ble ansett å forfølge en legitim målsetning, men ikke å være i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Liechtenstein hadde lagt til grunn at personer som var bosatt i eller i nærheten av landet var mer effektive i bankledelsen enn personer bosatt i utlandet. Som en følge av dette var bostedskravene innført. Dette innebærer at Liechtenstein la seg på et høyt beskyttelsesnivå når det gjaldt å beskytte mot risikoen for en lite effektiv bankledelse.

EFTA-domstolen uttalte følgende: *”Thus, the Court questions the necessity of such residence requirements and, in any event, holds that Liechtenstein cannot impose restrictions such as those at hand on the mere assumption that the individuals concerned would otherwise not fulfil their obligation to effectively direct the business of the bank.”* Dette er i realiteten en overprøving av det beskyttelsesnivået landet hadde valgt.

Selv om det altså finnes eksempler på at prøving og også overprøving av forholdsmessighet i snever forstand skjer, viser en gjennomgang av praksis fra EU- og EFTA-domstolen likevel at domstolene som nevnt er tilbakeholdne med å prøve dette. I *Ladbroke*s³⁸ nøyer for eksempel EFTA-domstolen seg med å si at den aktuelle lovgivningen er egnet og nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene. Domstolen går ikke nærmere inn på hvorvidt tiltaket i seg selv er proporsjonalt i forhold til inngrepet som gjøres i en grunnleggende frihet.

Denne tilbakeholdenheten er en følge av at statene i utgangspunktet står fritt til å velge hvilket beskyttelsesnivå de vil legge seg på i forhold til vern av en bestemt interesse. Det å

³⁶ Ibid premiss 15.

³⁷ Sak E-1/09 EFTA Surveillance authority v. The principality of Liechtenstein.

³⁸ Sak E-3/96 Ladbroke Ltd. mot staten v / Kultur- og kirkedepartementet og Landbruks- og matdepartementet

si at tiltaket er for inngripende i forhold til målsetningen vil gjerne være det samme som å si at beskyttelsesnivået er lagt for høyt. Det at medlemslandene har stor skjønnsfrihet ved fastsettelsen av beskyttelsesnivå, innebærer nettopp at det skal mye til før et tiltak anses for uforholdsmessig. Vurderingen av forholdsmessighet i snever forstand blir derfor i realiteten en urimelighetssensur der en spør om inngrepet i grunnfriheten er så stort at det står i et urimelig forhold til betydningen av målsetningen med tiltaket.³⁹ Kun i slike tilfeller vil domstolene overprøve beskyttelsesnivået.

2.3 Oppsummering og fremstillingen videre

Som nevnt over skal alle inngrep som gjøres i de fire friheter være i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Dette gjelder da også for inngrep i den frie bevegelse i form av utvisning.

En rekke av de vilkårene som oppstilles i direktivet, for eksempel kravet om at adferden må utgjøre en *”virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel”*, stammer fra rettspraksis rundt utvisning før dette direktivet ble vedtatt. Disse vilkårene gjenpeiler rettssetninger som ble utviklet på grunnlag av proporsjonalitetsprinsippet, fordi utvisning der det ikke forelå en slik trussel ble ansett som uproporsjonalt. Disse vilkårene kan derfor langt på vei sees på som en kodifisering av innholdet i proporsjonalitetsprinsippet, slik domstolen har praktisert det i saker om utvisning.⁴⁰

Disse vilkårene er et uttrykk for hvor langt EU-domstolen har gått i å prøve statenes utvisningsvedtak. Dersom statene har holdt seg innenfor disse rammene, er avgjørelsene ikke blitt overprøvd. I det følgende skal det sees nærmere på vilkårene for utvisning som følger av direktivet og hvordan disse er gjennomført i norsk rett.

³⁹ Ibid s.88.

⁴⁰ En slik forståelse av vilkårene er lagt til grunn i NOU 2004:20 s. 305.

3 Vilkår for utvisning etter direktivet og utlendingsloven

3.1 Innledning

I dette kapittelet gis det en redegjørelse for vilkårene for utvisning av EØS-borgere som følger av unionsborgerdirektivet og utlendl § 122. Det legges særlig vekt på proporsjonalitetsprinsippets rolle ved tolkning og anvendelse av bestemmelsene om utvisning.

Det vil fremgå av drøftelsene at det etter direktivet skal mye til før en EØS-borger kan utvises og at terskelen blir høyere jo sterkere tilknytning personen det gjelder har til riket. Videre vil det fremgå at proporsjonalitetsprinsippet er kodifisert i vilkårene som oppstilles for utvisning i direktivets art 27 og 28. Vilårene er skjønnspregede og gir statene et visst spillerom til å fastlegge nøyaktig hva som skal til før en EØS-borger utvises. Det vil også fremgå at den norske lovteksten er like skjønnsmessig utformet som direktivet og at det dermed er opp til forvaltningen å forvalte den skjønnsfriheten som følger av EØS-retten.

3.2 Vilårene etter direktivet og norsk rett

Adgangen til utvisning av EØS-borgere reguleres i unionsborgerdirektivet art 27 og 28. I norsk rett følger vilårene av utlendl § 122 og utlendingsforskriften §§ 19-28 til 19-30.

Bestemmelsene i direktivet og utlendl § 122 er langt på vei sammenfallende. Det er imidlertid noen vilår som verken fremgår av den norske lovteksten eller forskriftsteksten.

Etter art 27 nr 1 og 2 kan utvisning ikke kan gjøres gjeldende for økonomiske formål og begrunnelser som ikke bygger på den enkelte sak godtas ikke. Dette fremgår hverken av den norske loven eller forskriften. Det kan imidlertid sies at disse vilårene følger implisitt av utlendingsforskriften § 19-29 (1) bokstav a. Dette fordi det fremgår i forskriftens § 19-29 at utvisning må begrunnes i personlige forhold og bare kan skje dersom det er adgang til sanksjoner mot norske borgere for tilsvarende forhold. Dette må sies å ta opp i seg kravene om at økonomiske begrunnelser og begrunnelser som ikke er knyttet til den enkelte sak ikke godtas.

Det er heller ikke sagt rett ut i den norske loven eller forskriften at utvisning må være i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet slik det gjøres i direktivet. Det at

proporsjonalitetsprinsippet må overholdes følger imidlertid også av EØS-retten generelt, dette må derfor gjelde selv om den delen av direktivteksten ikke er gjennomført i norsk rett.

Det er i det hele tatt slik at direktivet ikke fremstår som særlig presist rent språklig. Flere av vilkårene kan synes noe overflødige. Det er relativt klart at begrunnelser som ikke knytter seg til den enkelte sak ikke kan godtas da utvisning må begrunnes i utlendingens personlige forhold. Begge deler er likevel presisert i direktivet.

Det nevnes ikke i de norske forarbeidene at det var meningen å la være å gjennomføre noen deler av direktivet i norsk rett. I henhold til presumsjonsprinsippet, som går ut på at norsk rett antas å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser, er det derfor nærliggende å tolke den norske lov- og forskriftsteksten slik at den tar opp i seg alle vilkårene i direktivet. Vilkaene som oppstilles i direktivet og etter norsk rett behandles derfor heretter felles, men med utgangspunkt i direktivet.

3.3 Oversikt over vilkårene for utvisning

Utvisning av EØS-borgere kan gjøres av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet samt folkehelsen. Dette følger direkte av EØS-avtalen, der disse hensynene etter art 28 og 33 oppstilles som de eneste legitime målsetningene som kan begrunne unntak fra retten til fri bevegelse.

Grunnvilkårene som følger av EØS-avtalen er nærmere spesifiserte gjennom sekundærlovgivning og rettspraksis. EU-domstolen har gjennom sin praksis utviklet ulovfestede vilkår som definerer det nærmere innholdet i utvisningsadgangen. En lang rekke av disse domstolskapte vilkårene oppstod på bakgrunn av proporsjonalitetsprinsippet. Dette fordi domstolen i hvert enkelt tilfelle måtte ta stilling til om en utvisning var proporsjonal. Det ble etter hvert utviklet noen fastere normer som rettledning for om et utvisningstiltak var proporsjonalt eller ikke.

I unionsborgerdirektivet ble alle vilkårene for utvisning forsøkt samlet på ett sted, både de som fremgikk av traktaten, de gamle direktivene og de domstolskapte vilkårene. Vilkaene for utvisning fremgår nå i hovedsak direkte av direktivteksten. I unionsborgerdirektivets art 27 fremgår at utvisning kun kan skje av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet samt

folkehelsen. Det oppstilles videre i art 27 en rekke vilkår som gir nærmere anvisning på hvilke tilfeller som omfattes av disse grunnvilkårene.

I unionsborgerdirektivets art 28 nr 2 og 3 oppstilles også noen vilkår som ikke er en kodifisering av tidligere praksis, men derimot nyskapninger i unionsborgerdirektivet. Etter direktivet gjelder det for EØS-borgere som har oppholdt seg i vertslandet i fem år og dermed har varig oppholdsrett skjerpede krav for utvisning av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet. Vilkårene er enda strengere for de som har oppholdt seg i vertslandet så lenge som 10 år. Vilkåret om utvisning av hensyn til folkehelsen gjelder derimot likt for alle disse gruppene.

Etter direktivets art 28 nr 1 er det et vilkår for utvisning av hensyn til offentlig orden og sikkerhet at utvisningen er et forholdsmessig tiltak. I art 29 om utvisning av hensyn til folkehelsen er det derimot ikke sagt rett ut at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering.

I punkt 3.4 drøftes utvisning av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet. Først behandles vilkårene som gjelder EØS-borgere uten varig oppholdsrett, deretter de tilfellene hvor terskelen for utvisning er høyere. Punkt 3.4.5 tar for seg utvisning av hensyn til folkehelsen. I kapittel 4 behandles vilkåret om at utvisning av hensyn til offentlig orden og sikkerhet må være forholdsmessig.

3.4 Utvisning av hensyn til offentlig orden og sikkerhet

3.4.1 EØS-borgere uten varig oppholdsrett

EØS-borgere uten varig oppholdsrett kan utvises av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet. Dette fremgår av direktivets art 27 nr 1 og utlendl § 122 (1).

I direktivets art 27, utlendl § 122 og utledingsforskriften § 19-29 er det presisert nærmere når utvisning av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet kan skje. I det følgende er tema hva som ligger i begrepene offentlig orden og sikkerhet, deretter hva som ligger i de presiseringene og avgrensingene i adgangen til utvisning som er gjort i art 27.

3.4.1.1 Hva slags adferd kan begrunne utvisning av hensyn til offentlig orden og sikkerhet?

Begrepet offentlig sikkerhet omfatter i utgangspunktet rikets indre og ytre sikkerhet. Det kan for eksempel tenkes å omfatte beskyttelse mot terrorvirksomhet eller andre trusler mot en nasjon og dens institusjoner.⁴¹

Offentlig orden omfatter tradisjonelt forstyrrelser av samfunnsordenen, for eksempel mer alvorlige kriminelle handlinger. Eksempler kan være alvorlige tilfeller av volds- , vinnings- og narkotikakriminalitet.⁴² Begrepet favner imidlertid relativt bredt. Det er ikke bare det som kan betraktes som tung kriminalitet som kan gi grunnlag for utvisning. Også brudd på ulike typer offentligrettslig regelverk eller medlemskap i organisasjoner som anses som samfunnsskadelige kan begrunne utvisning. Dette drøftes nærmere nedenfor.

*Adoui og Cornuaille*⁴³ dreide seg om utvisning av to franske prostituerte fra Belgia. De to var utvist av hensyn til offentlig orden på grunn av at de drev prostitusjonsvirksomhet. Utvisningen ble ikke ansett å være i overensstemmelse med EU-retten. EU-domstolen uttalte blant annet at utvisning ikke kan skje ”*når medlemsstaten ikke træffer repressive foranstaltninger til bekæmpelse af den utviste adferd over for sine egne statsborgere*”⁴⁴ Det er altså et vilkår at den type atferd som danner grunnlag for utvisning også er noe en søker å bekjempe i forhold til egne statsborgere.

*Van Duyn*⁴⁵ dreide seg om en nederlandsk statsborger som ble nektet innreisetillatelse i Storbritannia. Grunnen til dette var at hun i Storbritannia skulle arbeide som sekretær for Scientologikirken. Myndigheten i Storbritannia anså virksomheten til denne kirken som samfunnsskadelig og nektet derfor Van Duyn innreisetillatelse av hensyn til offentlig orden. Denne utvisningen ble ansett som lovlig av EU-domstolen. Domstolen uttalte at så

⁴¹ COM (2009) 313 s. 14.

⁴² Ot.prp.nr.72 (2007-2008) s. 42.

⁴³ Forenede saker 115 og 116/81 Rezguia Adoui mot den Belgiske Stat og byen Liège og Dominique Cornuaille mot den Belgiske Stat.

⁴⁴ Ibid premiss 8.

⁴⁵ Sak 41-74 Yvonne Van Duyn and Home Office.

lenge det dreide seg om aktivitet som myndighetene hadde satt i verk administrative tiltak for å motvirke også overfor egne statsborgere, så var det ikke et vilkår at aktiviteten var *straffebelagt* for at utvisningen kunne iverksettes av hensyn til offentlig orden.⁴⁶

I Rt. 2009 s. 705 behandlet Høyesterett en sak om utvisning av en EØS-borger som var domfelt flere ganger i Norge. Han var dømt for to tilfeller av narkotikaforbrytelser, samt en rekke mindre alvorlige forhold som tyveri, heleri og overtredelse av veitrafikkloven. Den siste av narkotikadommene gjaldt oppbevaring av 1,3 kg amfetamin og straffen ble satt til fengsel i 2 år og seks måneder. Høyesterett mente denne utvisningen var i tråd med EØS-retten. Dette fremstår som en riktig tolkning av de EØS-rettslige skrankene for utvisning.

Frykt for fremtidige brudd på offentligrettslig lovgivning, som for eksempel plan- og bygningslovgivning og veitrafikklovgivningen, kan dermed også i prinsippet falle inn under hensynet til offentlig orden. Det er imidlertid et vilkår etter unionsborgerdirektivet art 27 at utlendingen må utgjøre en trussel mot ”*grunnleggende samfunnshensyn*”. Dette gjør at et brudd på en del offentligrettslig lovgivning likevel ikke vil være tillatt etter direktivet. Det kan for eksempel tenkes at brudd på veitrafikklovgivningen som setter andres liv i fare vil kunne omfattes av direktivgrunnene, mens å oversitte frister etter plan- og bygningslovgivningen vanskelig kan sies å true grunnleggende samfunnshensyn.

3.4.1.2 Utlendingen må utgjøre en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel

Det er et vilkår for utvisning at utlendingens atferd innebærer en umiddelbar eller aktuell trussel mot samfunnet. Dette følger av art 27 og utlendl § 122 (1) da det fremgår i begge bestemmelser at utvisning kun kan skje der utledningen utgjør en ”*virkelig umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn*.” I dette ligger det at man i hvert enkelte tilfelle må foreta en konkret vurdering av hvilken trussel en EØS-borger utgjør før det kan bli snakk om utvisning. Det er ikke nok at en person tidligere har gjort noe kriminelt, dersom det ikke kan påvises at vedkommende også i fremtiden kommer til å

⁴⁶ Ibid premiss 19.

utføre handlinger som utgjør en trussel mot samfunnet. Videre må trusselen være alvorlig, ikke en hvilken som helst trussel kan begrunne utvisning.

Disse vilkårene er en kodifisering av tidligere rettspraksis hvor det på grunnlag av proporsjonalitetsprinsippet ble fremholdt at utvisning kun kan anses å være proporsjonalt hvis den som utvises vil utgjøre en fremtidig fare.⁴⁷ Det at en person tidligere for eksempel hadde vært kriminell ble ikke ansett å kunne rettferdiggjøre et inngrep i retten til fri bevegelse. Det måtte dreie seg om en akutt og fremtidig trussel mot samfunnet for at et utvisningstiltak kunne godtas som proporsjonalt.

I *Bouchereau* uttalte EU-domstolen at tidligere straffedommer bare kan tas i betraktning ved vurderingen av om det er grunnlag for utvisning ”I det omfang de omstendigheter, som har ført til domfældelsen, er udtryk for et personligt forhold, der indebærer en aktuell trussel mod den offentlige orden.”⁴⁸ I *Orfanopoulos og Oliveri m.fl.* understreker domstolen igjen at en tidligere straffedom kun kan begrunne et utvisningstiltak der straffedommen er uttrykk for en væremåte som utgjør en aktuell trussel mot offentlig orden.⁴⁹ Også dette er kodifisert ved at det er sagt eksplisitt i direktivet art 27 nr 2 at tidligere straffedommer ikke i seg selv kan danne grunnlag for utvisning.

En viktig del av vurderingen av hvorvidt det foreligger grunnlag for utvisning blir dermed en vurdering av gjentakelsesfaren. Det må stilles spørsmål om det er sannsynlig at vedkommende kommer til å begå lignende straffbare handlinger på nytt. Spørsmålet om gjentakelsesfare kan deles i to. Det består dels i det rent bevismessige spørsmålet om hvor stor sannsynlighet det er for gjentakelse i den enkelte sak og dels i et mer generelt spørsmål om hvor stor sannsynlighet for gjentakelse som må foreligge for å legge til grunn at det er gjentakelsesfare. Det er det sistnevnte spørsmålet som diskuteres i det følgende.

I *Bouchereau* kom EU-domstolen også med følgende uttalelse om hva som skal til for å konstatere at en person utgjør en trussel som kan begrunne utvisning: ”Selv om konstateringen af en sådan trussel i almindelighed er ensbetydende med, at den

⁴⁷ En slik forståelse av vilkårene er lagt til grunn i NOU 2004:20 s. 305.

⁴⁸ Sak 30/77 *Bouchereau* premiss 28.

⁴⁹ Forenede saker C-482/01 og C-493/01 premiss 67.

pågående person vil være tilbøyelig til fortsatt at udvise det nævnte forhold i fremtiden, kan det også tænkes, at det tidligere begåede forhold i sig selv opfylder betingelserne for at kunne anses for en sådan trussel mod den offentlige orden."⁵⁰ Denne uttalelsen kan forstås som at det i noen tilfeller ikke må bevises at det foreligger gjentakelsesfare, det er tilstrekkelig å henvise til et tidligere begått lovbrudd.

Etter utlendingsloven av 1988 § 58 (3) var det ikke noe krav om gjentakelsesfare overhodet dersom utlendingen hadde begått forbrytelser etter straffeloven §§ 147 a eller b⁵¹ som gjelder terrorforbrytelser. At bestemmelsen skulle forstås slik underbygges av Høyesteretts uttalelser i den ovennevnte dommen inntatt i Rt. 2009 s.705⁵². Et slikt system stemmer overens med uttalelsene i *Boucherau*.

Det kan imidlertid diskuteres om denne uttalelsen i *Boucherau* fortsatt er uttrykk for gjeldende rett. Uttalelsen er så vidt jeg kjenner til ikke gjentatt i senere avgjørelser fra EU-domstolen. Videre stemmer det dårlig overens med det som er gjentatt i flere senere avgjørelser og kodifisert i direktivet, nemlig at tidligere straffedommer kun er relevante i den grad de sier noe om vedkommendes fremtidige atferd. Bestemmelsene i den gamle utlendingsloven §58(3) er videreført i utlendl § 122 (3), men det fremgår implisitt av den nye bestemmelsen at vilkårene etter utlendl § 122 (1) må tas i betraktning.

Det kan tenkes at uttalelsen fortsatt gjelder, men i en noe moderert versjon. Man kan nemlig se det slik at terskelen for å etablere gjentakelsesfare blir lavere jo mer alvorlig kriminalitet det er snakk om. Dette gjør at ved svært alvorlige lovbrudd er terskelen veldig lav. Det å konstatere at det foreligger en trussel som kan begrunne utvisning blir i slike tilfeller veldig nært knyttet til det tidligere lovbruddet som er begått.

Norsk Høyesterett fulgte tilsynelatende en slik tankegang i avgjørelsen inntatt i Rt 2009 s 705. Høyesterett uttalte følgende: ” *Det er uten videre klart at det krav som må stilles til grad av sannsynlighet for at en trussel skal kunne føre til utvisning, vil avhenge av hvor*

⁵⁰ Sak 30/77 Bouchereau premiss 29.

⁵¹ Straffeloven 22.mai 1902 nr.10.

⁵² Rt. 2009 s. 705 premiss 46.

alvorlig det aktuelle forholdet er”⁵³ Dette er basert på utlendingsloven av 1988 § 58⁵⁴ som har en annen ordlyd enn dagens lovtekst, men det er likevel grunn til å anta at uttalelsen fortsatt vil gi uttrykk for gjeldende rett i Norge.

Når det gjelder den konkrete sannsynlighetsgraden er det vanskelig å si noe nærmere om nøyaktig hvor høy denne må være i ulike tilfeller. I Rt. 2009 s. 705 fremholder Høyesterett at bestemmelsene må forstås slik det for mer alvorlige forhold ikke kan gjelde et krav om sannsynlighetsovervekt, men at det for øvrig er vanskelig å uttale noe nærmere generelt om sannsynlighetsgrad.⁵⁵

Det kan tenkes tilfeller der myndigheten ønsker å foreta en utvisning før straffbare eller ulovlige forhold i det hele tatt er begått. For eksempel kan politiet mistenke en gruppe mennesker for å ha kommet til Norge med det formål å begå kriminalitet. Utvisning i slike tilfeller vil ikke være prinsipielt utelukket, så fremt det faktisk kan begrunnes at personene utgjør en trussel mot et grunnleggende samfunnshensyn. Å bevise dette vil imidlertid være vanskeligere når det ikke er begått noen kriminelle handlinger. Men dersom det faktisk foretas en tilstrekkelig trusselvurdering som er basert på objektive kriterier vil et utvisningstiltak kunne være velbegrunnet også i slike situasjoner. Utlendingsnemnda (heretter UNE) behandlet i 2001 en sak om bortvisning av et medlem av mc-klubben Outlaws.⁵⁶ Vedkommende ble bortvist fordi han kom til Norge for å delta på en markering i regi av mc-klubben som myndighetene fryktet ville bli en trussel mot orden og sikkerhet grunnet den tidligere rivaliseringen mellom Outlaws og Hells Angels. Da bortvisningen synes å være basert på en individuell trusselvurdering må dette antas å være i samsvar med EØS-retten.

⁵³ Rt. 2009 s. 795 premiss 46.

⁵⁴ Utlendingsloven 24. juni 1988 nr 64.

⁵⁵ Rt.2009 s.705 premiss 48.

⁵⁶ Hentet fra UNEs praksisbase. Referanse: 1653050550. Vedtaket handler om bortvisning, men som nevnt under punkt 1.2 er den EØS-rettslige bakgrunnsretten her den samme.

3.4.1.3 Utvisningen må være begrunnet i personlig atferd

Utvisning må alltid begrunnes i individuelle forhold hos den som skal utvises. Det fremgår i direktivets art 27 (2) første punktum at utvisning skal *”utelukkende være begrunnet i vedkommende enkeltpersons personlige adferd”*. Dette følger også av utlend § 122 (1) der det heter *”at det hos utlendingen foreligger, eller må antas å foreligge, personlige forhold som innebærer en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn”*. Etter dette kan utvisning for eksempel ikke begrunnes i generelle innvandringspolitiske hensyn eller hensynet til allmennprevensjon. Dette fremgår eksplisitt i direktivets art 27 (2) fjerde punktum der det heter at *”begrunnelser som ikke berører den enkelte sak, eller som bygger på hensynet til allmenn forebygging, skal ikke godtas.”*

I *Van Duyn* fremholdt EU-domstolen at medlemskap i en organisasjon som bedrev samfunnsskadelig virksomhet i seg selv kan anses som personlig atferd som kan begrunne inngrep i den frie bevegelse. Forutsetningen er da at medlemskapet innebærer identifikasjon med organisasjonenes aktiviteter og målsetninger.⁵⁷

I den tidligere nevnte saken fra UNE (se 3.4.1.2) ble et utenlandsk medlem i mc-klubben Outlaws bortvist fra Norge. Bortvisningen skjedde for å hindre deltakelse på en markering av norske Outlaws tilknytning til et internasjonalt nettverk. Denne markeringen fryktet man ville bli en trussel mot offentlig orden og sikkerhet. Medlemskap i Outlaws var altså et moment som talte for bortvisning. Det ble imidlertid også lagt til grunn at vedkommendes tilstedeværelse var en forutsetning for at Outlaws faktisk skulle få en sterkere internasjonal tilknytning. Denne internasjonale tilknytningen antok man i seg selv ville oppleves som provoserende av Hells Angels og også føre til fremtidige konflikter. En slik tilnærming med vekt på den individuelle trusselen personen utgjør fremstår som forenelig med uttalelsene i *Van Duyn*-saken.

3.4.1.4 Utvisningen kan ikke begrunnes i økonomiske forhold

I henhold til direktivets art 27 (1) kan utvisning ikke begrunnes i økonomiske forhold. Dette følger ikke eksplisitt av den norske lovteksten eller forskriftsteksten, men en kan si at

⁵⁷ Sak 41-74 Yvonne Van Duyn and Home Office premiss 23.

det følger implisitt i utlendingsforskriften § 19-29 (1) der det fremgår at utvisning ”*kan bare være begrunnet i utlendingens personlige forhold og kan bare skje dersom det er adgang til sanksjoner mot norske borgere for tilsvarende forhold.*”

Det er imidlertid slik at økonomiske forhold kan ha betydning for hvorvidt utlendingen har rett til opphold etter unionsborgerdirektivet og utlendingsloven. Det følger av unionsborgerdirektivets art 7 nr 1 bokstav b og c og utlendl § 112 (1) bokstav c og d at det i noen tilfeller er et vilkår for opphold at en person har tilstrekkelige midler til å forsørge seg selv og er omfattet av en sykeforsikring. Dersom disse vilkårene ikke er oppfylt har vedkommende ikke rett til opphold etter direktivet.

Manglende oppholdsrett er i seg selv et grunnlag for bortvisning etter utlendl § 121 (1) bokstav b. På denne måten kan økonomiske forhold altså danne grunnlag for bortvisning, men det kan ikke være grunnlag for utvisning.

3.4.2 EØS-borgere med varig oppholdsrett

EØS-borgere som har hatt sammenhengende lovlig opphold i Norge i fem år har etter utlendl § 115 varig oppholdsrett. I utgangspunktet gjelder de samme vilkårene for utvisning av EØS-borgere med varig oppholdsrett som for andre EØS-borgere. Også for denne gruppen er det hensynet til offentlig orden og sikkerhet eller folkehelsen som kan begrunne utvisning. Terskelen for utvisning er imidlertid høyere for denne gruppen slik at det skal mer til før utvisning kan skje.

I henhold til direktivets art 28 nr 2 kan EØS-borgere og deres familiemedlemmer som har varig oppholdsrett ikke utvises med mindre det foreligger “*tungtveiende hensyn til den offentlige orden eller sikkerhet*”. I utlendl fremgår dette av § 122 (2) bokstav a, der det heter at en utlending som har varig oppholdsrett kun kan utvises der “*tungtveiende hensyn til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det.*”

Disse tersklene er nyskapninger i det nye direktivet, og er ment å øke beskyttelsen mot utvisning i forhold til rettstilstanden før direktivet. I det opprinnelige forslaget fra kommisjonen var det foreslått et absolutt vern mot utvisning for borgere med varig

oppholdsrett.⁵⁸ Dette ble imidlertid ikke gitt tilslutning verken av Europaparlamentet eller Ministerrådet. Bestemmelsen ble derfor endret slik at terskelen for utvisning nå gradvis blir høyere avhengig av om utlendingen har varig oppholdsrett eller ikke, og deretter om vedkommende har vært i vertslandet i mer enn ti år.⁵⁹ Selv om disse tersklene er ment å medføre et ytterligere vern mot utvisning enn det som følger av praksis fra før direktivet, kan det også tidligere ha vært slik at lengre botid førte til at terskelen for utvisning ble høyere. Dette fordi et utvisningstiltak lettere kan ha blitt ansett proporsjonalt der en person hadde bodd kortere i landet enn der vedkommende hadde lang botid og sterk tilknytning til vertslandet.

De EØS-rettslige forarbeidene gir ingen nærmere veiledning om hvordan begrepet ”*tungtveiende hensyn*” skal forstås. Heller ikke i forarbeidene til utlendingsloven gis det veiledning om hva som vil kunne være et eksempel på et tilfelle der tungtveiende hensyn til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det.

I kommisjonenes retningslinjer for tolkning og anvendelse av direktivet fremholdes det at det må være en klar distinksjon mellom utvisning der det kreves av *tungtveiende* hensyn og der det er det alminnelige hensynet til offentlig orden og sikkerhet som begrunner utvisning.⁶⁰ Dette innebærer at det skal mye til før utvisning av personer med varig oppholdsrett kan skje. Det skal altså dreie seg om en klart mer alvorlig trussel enn det som er beskrevet under punkt 3.4.1.

Ut fra disse kildene fremstår det altså som klart at terskelen for utvisning vil være høyere, men nøyaktig hvor mye som skal til for å utvise borgere med varig oppholdsrett er det vanskelig å si noe generelt om ut fra kildene som foreligger.

Det som imidlertid er klart er at det skjerpede vilkåret for utvisning har en klar kobling til det som kalles beskyttelsesnivå. Med dette legges det føringer på statenes frihet til å velge hvor alvorlig kriminalitet som skal til for å begrunne utvisning. Det skjerpede vilkåret

⁵⁸ KOM (2001) 257 endelig s. 21.

⁵⁹ Se både Fælles holdning (EF) nr. 6/2004 s.32 og Meddelelse fra Kommisjonen til Europa-Parlamentet i kommentaren til art 27.

⁶⁰ COM (2009) 313 s. 14.

innebærer at statene er fratatt muligheten til å verne om annet enn helt grunnleggende hensyn. På denne måten er statenes skjønnsfrihet til å fastsette hva som skal til for å utvises her enda mindre enn i alminnelige utvisningssaker. Bestemmelsene i unionsborgerdirektivet gjør altså her at skjønnsfriheten til å fastsette beskyttelsesnivå begrenses i større grad enn det som følger direkte av proporsjonalitetsprinsippet.

3.4.3 EØS-borgere som har oppholdt seg mer enn ti år i riket

Når det gjelder utvisning av EØS-borgere som har oppholdt seg mer enn ti år i riket, er hensynene som kan begrunne utvisning færre og terskelen er enda høyere enn ved utvisning av borgere med varig oppholdsrett. Utvisning av personer med lenger oppholdstid enn ti år i Norge kan kun skje av hensyn til offentlig sikkerhet, videre må utvisning være tvingende nødvendig.

I henhold til art 28 nr 3 må utvisning av en EØS-borger som har oppholdt seg i et EØS-land i mer enn ti år skyldes at *”vedtaket er tvingende nødvendig av hensyn til den offentlige sikkerhet slik den er definert av medlemsstatene.”* Dette er gjennomført i norsk rett gjennom utlendl § 122 (2) bokstav b der det fremgår at en EØS-borger som har oppholdt seg mer enn ti år i riket ikke kan utvises *”med mindre det er tvingende nødvendig av hensyn til offentlig sikkerhet”*

Det at utvisning kun kan skje av hensyn til offentlig sikkerhet medfører blant annet at det ikke kan bli snakk om utvisning på grunn av fare for mer alminnelig kriminell virksomhet. Det er imidlertid noe uklart nøyaktig hva som omfattes av begrepet offentlig sikkerhet. Før vedtakelsen av unionsborgerdirektivet kunne alle EØS-borgere utvises av hensyn til offentlig orden og sikkerhet. Dette medførte at det ikke tidligere har vært noe praktisk behov for å rendyrke skillet mellom de to begrepene. Innføringen av de nye reglene for personer med lenger enn ti års oppholdstid har imidlertid medført at det blir sentralt å klarlegge innholdet i begrepene.

Som nevnt under punkt 3.4.1.1 er utgangspunktet at offentlig sikkerhet omfatter rikets indre og ytre sikkerhet. Dette gjør at for eksempel fare for terroranslag eller spionasje klart nok vil omfattes av hensynet til offentlig sikkerhet. Spørsmålet er imidlertid om også noen typer mer alminnelig kriminalitet kan falle inn under dette hensynet.

I teorien er det hevdet at offentlig sikkerhet kan omfatte også kriminalitet som ikke er rettet mot statsmaktene eller store folkemengder, så lenge kriminaliteten er av særlig alvorlig art og rammer vilkårlig, eksempler kan være risiko for serievoldtekter eller drap.⁶¹

Denne tankegangen synes å være fulgt opp i UNEs praksis. Nemnda opprettholdt under henvisning til offentlig sikkerhet utvisning av en EØS-borger som var dømt for forsøk på voldtekt av et barn og besittelse av barnepornografi. Mannen var også tidligere domfelt for seksuelle overgrep i sitt hjemland. Utvisning ble dels begrunnet i at den type handlinger mannen hadde begått kunne ramme en svak gruppe i samfunnet helt vilkårlig.⁶² I en annen sak, som gjaldt en mann som var dømt for utuktig omgang med sin datter, ble utvisningsvedtaket derimot ikke opprettholdt. Dette var blant annet under henvisning til at slik kriminalitet ikke kunne anses å true allmennheten, da overgrepene var begått mot en begrenset personkrets og i et begrenset tidsrom.⁶³

Et slikt skille vil nok kunne hevdes å være i strid med den alminnelige rettsfølelse. Det kan også spørres om hvorvidt dette skillet basert på hvor vilkårlig offeret er valgt ut, kan sies å være i tråd med direktivet. Vern mot kriminalitet rettet mot tilfeldige ofre er ikke noe som etter en naturlig språklig forståelse faller inn under hensynet til offentlig sikkerhet. Det vil på denne bakgrunn være nærliggende å hevde at ingen av de ovennevnte tilfellene kan begrunne utvisning av hensyn til offentlig sikkerhet. På den andre siden kan noen typer av særlig organisert kriminalitet tenkes å falle inn under begrepet offentlig sikkerhet, da slik kriminalitet vil kunne fremstå som en trussel rettet mot større grupper i samfunnet snarere enn mot enkeltpersoner. Det kan for eksempel tenkes at velorganiserte narkotikanettverk eller menneskesmuglingsnettverk kan falle i en slik kategori. Det ovennevnte tilfellet med voldtektsforbrytere fremstår derimot som mer ”alminnelig” kriminalitet som vil true enkeltpersoner, selv om disse ofrene er valgt ut vilkårlig.

⁶¹ Barnard (2007) s.468.

⁶² Vedtak fattet av Utlendingsnemnda (UNE) November 2009, vedtaket er ikke tilgjengelig i UNEs praksisbase.

⁶³ Vedtaket er tilgjengelig i UNEs praksisbase, referanse: 0324608314.

Ved siden av å klarlegge hva som omfattes av hensynet til offentlig sikkerhet, må det finnes frem til hva som ligger i begrepet ”*tvingende nødvendig*”.

Slik jeg ser det er det to måter å forstå ordlyden på. Den ene går ut på at ordlyden *tvingende nødvendig* skal leses som et krav om en mer alvorlig trussel enn det som skal til for at utvisning kan skje på grunn av tungtveiende hensyn. Man kan tenke seg en glideskala med trusler sortert etter alvorlighetsgrad. Det kreves mindre alvorlige trusler mot offentlig sikkerhet for utvisning av en person som har oppholdt seg i Norge i fem år, og derfor har rett til fast opphold, enn det som kreves etter at denne personen har oppholdt seg i Norge i ti år eller mer.

Den andre måten å lese lovteksten på er at *tvingende nødvendig* henviser til et annet vurderingstema enn det som skal vurderes under ordlyden *tungtveiende hensyn til offentlig orden og sikkerhet*. Ordlyden kan tyde på at det gis anvisning på en trussel som i og for seg ikke trenger å være mer alvorlig enn der en kan utvise av tungtveiende hensyn, men at det her må dreie seg om en mer akutt eller overhengende fare. Det kan for eksempel tenkes at en person anses som en fare fordi vedkommende tidligere har vært involvert i terrorvirksomhet og det er grunn til å anta at vedkommende kan bli involvert i slik virksomhet også i fremtiden. Dette kan i seg selv være nok til å begrunne utvisning på grunn av tungtveiende hensyn til offentlig sikkerhet, mens det kreves mer konkrete holdepunkter for at terrorvirksomhet kan skje dersom utvisning skal anses som tvingende nødvendig. Denne sistnevnte forståelsen er etter min mening nærliggende ut i fra den norske ordlyden.

Ved tolking av EØS-rettslige kilder må det imidlertid også ses hen til andre språkversjoner enn den norske før det legges avgjørende vekt på ordlyden i et direktiv. Dette er fordi alle avtalelandenes språkversjoner av direktivene er autoritative.⁶⁴ De mange språkversjonene gjør at det i en del tilfeller vil være vanskelig å utlede en entydig mening av ordlyden.⁶⁵ I den engelske versjonen av direktivet heter det at utvisning av EØS-borgere med varig oppholdsrett kan skje der det foreligger “*serious grounds of public policy or public*

⁶⁴ Se EØS-avtalen art 129 nr1 (3).

⁶⁵ Ordlyden betydning som tolkningsfaktor i EØS-retten behandles nærmere i Arnesen (2009) s. 26 flg.

security”, mens utvisning av EØS-borgere med ti års opphold må være nødvendig av “*imperative grounds of public security*”. Den engelske ordlyden trekker i retning av at det dreier seg om samme vurderingstema, men at det må foreligge en mer alvorlig trussel ved utvisning av EØS-borgere med 10 års oppholdstid i vertslandet. Den svenske teksten er imidlertid utformet likt som den norske, det kreves der et” *allvarligt hot mot allmän ordning eller säkerhet*” for å utvise EØS-borgere med varig oppholdsrett, mens det må foreligge ” *tvingande hänsyn till allmän säkerhet*” dersom utvisning av en EØS-borger med ti års oppholdstid i vertslandet kan skje.

Det finnes så langt jeg kjenner til ingen forarbeidsuttaalelser eller noen EØS-rettslig rettspraksis som kan kaste avgjørende lys over hvordan vilkåret for utvisning i art 28 nr 3 skal forstås.

I art 28 nr 3 er det sagt eksplisitt i direktivet at statene har adgang til å fastsette hva som i det enkelte land skal utgjøre tvingende hensyn til offentlig sikkerhet. Det må likevel antas at skjønnsfriheten vil være relativt begrenset, i det kriteriet i seg selv tilsier at det kun er i unntakstilfeller at utvisning av borgere med lenger enn ti års botid kan besluttes. Dette kan uttrykkes som et krav om at beskyttelsesnivået må settes svært lavt; statene kan kun søke å avverge svært alvorlige trusler ved hjelp av et utvisningstiltak.

Det følger av utlendl § 122 (3) at en utlending som har brutt straffeloven § 147 a eller b om terrorvirksomhet vil kunne utvises uavhengig av de skjerpede vilkårene i § 122 (2). Dette må forstås slik at brudd på disse straffebestemmelsene anses som så alvorlige at de skjerpede vilkårene etter direktivets art 28 nr 2 og 3 uansett vil være oppfylt i slike tilfeller. Et slikt system må i de fleste tilfeller antas å være i tråd med direktivet, da terrorvirksomhet vil utgjøre en sterk trussel mot Norge. Videre vil vilkårene etter utlendl § 122 (1) uansett måtte tas i betraktning. Men dersom gjentakelsesfaren i et konkret tilfelle er liten, vil bestemmelsen kunne være problematisk i forhold til art 28 nr 2 og 3.

3.4.4 EØS-borgere som er mindreårige

Vilkåret for utvisning av mindreårige svarer langt på vei til vilkåret for utvisning av EØS-borgere med ti års botid. I henhold til art 28 nr 3 i direktivet kan mindreårige kun utvises der det er ”*tvungende nødvendig av hensyn til den offentlige sikkerhet slik den er definert av medlemsstatene*”. Videre fastlås det i bestemmelsen av utvisning også kan skje dersom utvisning vil være til barnets beste.

Dette er gjennomført i utlend § 122 (2) bokstav c der det fremgår at mindreårige kan utvises dersom det er “*tvungende nødvendig av hensyn til offentlig sikkerhet*” og dersom “*utvisning av den mindreårige er nødvendig for å ivareta hensynet til barnets beste*”.

Også her er det dermed kun hensynet til offentlig sikkerhet som kan begrunne utvisning, unntatt i de særtilfeller hvor utvisning vil være til det beste for barnet. Og også i disse tilfellene må utvisning være *tvungende nødvendig* av hensyn til offentlig sikkerhet. Det henvises her til drøftelsen over av hva som ligger i disse begrepene.

Når det gjelder utvisning av hensyn til barnets beste, må det antas at dette vil være lite praktisk. Det har vært et problem at barn har blitt sendt til utlandet av sin familie, slik at familien senere kan søke familiegjennforening med disse. I slike tilfeller kunne utvisning av hensyn til barnets beste tenkes å være aktuelt. Når det gjelder EØS-borgere vil i utgangspunktet både barnet og familien ha oppholdsrett i andre EØS-land i kraft av å være EØS-borgere. Å sende ut slike ”ankerbarn”, er dermed lite aktuelt for EØS-borgere. Problemet kan imidlertid tenkes å oppstå der barnet er EØS-borger, mens foreldrene ikke er det. Dette kan for eksempel være en følge av liberal statsborgerskapslovgivning i noen EØS-land, som gjør at barn som er født der automatisk blir statsborger av landet og dermed også EØS-borger.

3.4.5 Statene har skjønnsfrihet til å fastsette beskyttelsesnivå

Gjennomgangen av vilkårene for utvisning har vist at før en utvisning vedtas må myndighetene foreta en konkret vurdering av hvilken fare et individ representerer i det enkelte tilfelle. Det er videre klart at terskelen for å si at det foreligger en trussel som kan begrunne utvisning i utgangspunktet er høy. Nøyaktig hvor alvorlig trusselen må være vil imidlertid variere fra land til land og endre seg i tråd med samfunnsutviklingen. Dette

fremholdes blant annet av EU-domstolen i *Van Duyn*⁶⁶ der det uttales at ”*the particular circumstances justifying recourse to the concept of public policy may vary from one country to another and from one period to another, and it is therefore necessary in this matter to allow the competent national authorities an area of discretion within the limits imposed by the treaty.*”

Denne skjønnsfriheten er et uttrykk for det generelle utgangspunktet i EØS-retten om at statene fritt velger hvilket beskyttelsesnivå de ønsker å legge seg på ved vern av ulike interesser. Det er imidlertid slik at de strenge vilkårene for utvisning i praksis innskrenker statenes mulighet til å velge beskyttelsesnivå. Det kan for eksempel nevnes at Norge og Nederland har valgt ulikt beskyttelsesnivå når det gjelder narkotika, da noen typer narkotiske stoffer er legale i Nederland og illegale i Norge. Dette kan føre til at en fare for noen typer narkotikakriminalitet kan tenkes å bli ansett å utgjøre en alvorlig trussel i Norge, men ikke i Nederland. En slik tilnærming vil være i tråd med EØS-retten.

Det er derimot mer problematisk å si at en for eksempel ønsker å ha et samfunn der det ikke er noen fare for at lommetyveri begås. Dette skyldes at trusselen som ligger i en fare for lommetyveri vanskelig kan sies å oppfylle kravet til alvorlighet som stilles i direktivet. Med andre ord vil et så høyt beskyttelsesnivå i utgangspunktet ikke godtas i saker om utvisning. Dansk Høyesterett opprettholdt i en avgjørelse fra 2009 et utvisningsvedtak som gjaldt to EØS-borgere som var dømt til fengselsstraff for å sammen ha avtalt og begått veskenapping.⁶⁷ Det kan spørres om denne tilnærmingen er i tråd med EU-retten.

I en annen formulering i *Van Duyn* fremholdes det nemlig at selv om utgangspunktet er skjønnsfrihet til å fastsette beskyttelsesnivå, er det grenser for denne skjønnsfriheten. Domstolen uttaler blandt annet følgende: “*It should be emphasized that the concept of public policy in the context of the community and where, in particular, it is used as a justification for derogating from the fundamental principle of freedom of movement for workers, must be interpreted strictly, so that its scope cannot be determined unilaterally by each member state without being subject to control by the institutions of the Community.*”

⁶⁶ Sak 41-74 Yvonne Van Duyn and Home Office premiss 18.

⁶⁷ Sag 425/2008 avsagt av Højesterett 19. Oktober 2009.

De relativt strenge vilkårene for utvisning som nå følger av direktivet er som nevnt kodifiseringer av rettspraksis. Disse vilkårene er dermed utslag av domstolens overprøving av statenes beskyttelsesnivå på dette området. Denne rettspraksis viser at utvisning er et eksempel på et område der prøvingsintensiteten når det gjelder prøving av forholdsmessighet i snever forstand er relativt høy. Dette medfører at skjønnsfriheten til å fastsette beskyttelsesnivå på dette området er blitt begrenset gjennom rettspraksis.

Når det gjelder bestemmelsene i unionsborgerdirektivet art 28 nr 2 og 3 om borgere med lang oppholdstid er imidlertid skjønnsfriheten begrenset ved hjelp av EØS-rettslig lovgivning. Her er det direktivreglene i seg selv som begrenser statenes handlingsrom, da disse reglene ikke er rene kodifiseringer av rettspraksis.

Skjønnsfriheten gjør at det ikke følger av EØS-retten nøyaktig hvilke type lovbrudd en må frykte for at utvisning kan skje. EØS-retten gir i stedet en rekke vilkår som sier noe om når utvisning *ikke* kan skje, det er disse vilkårene som er gjennomgått i punkt 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3 og 3.4.4. Så lenge statene holder seg over dette minstenivået er utvisningen i tråd med EØS-retten.

Den norske lovteksten er svært likt utformet som direktivteksten. Utlendl gir dermed ikke anvisning på om og når utvisning skal skje dersom vilkårene etter EØS-retten er oppfylt. Det blir dermed opp til forvaltningen å utøve den skjønnsfriheten EØS-retten gir ved å fastsette de nøyaktige tersklene for utvisning av EØS-borgere etter norsk rett. Gjennom utlendingsforskriften § 19-29 er det imidlertid gitt anvisning på noen tilfeller der utvisning kan skje. I denne bestemmelsen gis det altså retningslinjer til forvaltningen om utøvelsen av skjønnsfriheten etter EØS-reglene om utvisning (se punkt 3.4.6).

3.4.6 Utlendingsforskriftens regler om utnyttelse av den skjønnsfriheten EØS-retten gir

I utlendingsforskriften § 19-29 (3) gis det direkte anvisning på noen typer atferd som kan anses for å gi grunnlag for utvisning av hensyn til offentlig orden og sikkerhet. I det følgende diskuteres det om den utvisningspraksisen det her gis anvisning på er i overensstemmelse med EØS-retten.

I § 19-29 (3) bokstav b nevnes at avhengighet av narkotiske stoffer eller andre giftstoffer kan danne grunnlag for utvisning, forutsatt at avhengigheten inntrådte før utlendingen fikk oppholdsrett. Her skilles det altså mellom forhold inntrådt før og etter utlendingen ble gitt oppholdsrett.

Dersom avhengigheten gjør at vedkommende representerer en trussel i direktivets forstand foreligger det grunnlag for utvisning uavhengig av om avhengigheten inntrådte før eller etter utlendingen fikk oppholdsrett. Det kan derfor stilles spørsmål om dette skillet er i tråd med direktivet.

På den andre siden kan det å ikke skille på avhengighet oppstått før og etter ankomst til Norge være i strid med ikke-diskriminerings-prinsippet i EØS avtalens art 18. Dette fordi avhengigheten kan skyldes norske samfunnsforhold og da bør EØS-borgere behandles på lik linje med norske borgere som har blitt rusmisbrukere under de samme omstendigheter. Se også drøftelsen under punkt 3.5 av et sammenlignbart skille som følger direkte av direktivteksten drøftes.

I utlendingsforskriftens § 19-29 (3) nevnes ulike eksempler på alvorlige sinnslidelser som kan danne grunnlag for utvisning dersom de er inntrådt før utlendingen fikk oppholdsrett. Her trekkes det på samme måte som i forhold til rusmisbrukere et skille mellom problemer som oppstår før og etter at vedkommende har fått oppholdsrett.

Det kan problematiseres hvorvidt psykisk sykdom skal kunne være et grunnlag for utvisning. Flere slike alvorlige sinnslidelser vil kunne medføre en fare for eksempel voldelig atferd, som kan begrunne utvisning. På den andre siden kan man ofte oppnå gode resultater ved hjelp av riktig behandling. En kan da stille spørsmål om det er hjemlandet og ikke vertslandet som har ansvaret for å gi vedkommende behandling for sin sykdom.

Det er i utgangspunktet klart at EØS-borgere har krav på samme behandling som nordmenn, forutsatt at vedkommende har rett til opphold her. I henhold til direktivet er likevel utvisning av psykisk syke tillatt dersom det kan godtgjøres at personen det gjelder på grunn av sin sykdom utgjør en trussel mot offentlig orden.

Et særlig vanskelig spørsmål oppstår der en person er under medikamentell behandling for en psykisk sykdom og ikke utgjør en trussel når vedkommende er medisinerert, men vil være

en fare uten regelmessig medisininntak. Kan personen i slike tilfeller sies å utgjøre en trussel i direktivets forstand så lenge vedkommende tar medisiner? Dette kan nok besvares med ja, så lenge faren for at personen ikke tar medisinen regnes for å være så høy at dette i seg selv utgjør en trussel for vertslandet.

Mer komplisert blir det der vedkommende er underlagt tvangsmedisinering. Tvungent psykisk helsevern kan blant annet besluttes dersom personen det gjelder utgjør en fare for omgivelsene.⁶⁸ I slike tilfeller kan det sies at det allerede ved beslutningen om tvangstiltak er klarlagt at personen det gjelder utgjør en fare for samfunnet og at utvisning derfor bør besluttes. På den annen side er tvangstiltakene som er iverksatt ansett som tilstrekkelige til å håndtere den faren som foreligger. Også i slike tilfeller må det vurderes konkret hvilken fare personen representerer. Dersom det på tross av tvangstiltakene er en fare for at vedkommende ikke fortsetter å ta medisiner eller på andre måter holde sykdommen i sjakk, må personen kunne anses å utgjøre en trussel som kan begrunne utvisning.

Der en sykdom holdes i sjakk ved hjelp av tvangsmedisinering og faren for tilbakefall er svært liten, kan det derimot i en del tilfeller tenkes at det er vanskelig å godtgjøre at vedkommende utgjør en fare.

3.5 Utvisning av hensyn til folkehelsen

Som nevnt kan utvisning også begrunnes i hensynet til folkehelsen. I dette tilfelle gjelder i utgangspunktet samme terskel for utvisning uavhengig av hvor lenge personen det gjelder har oppholdt seg i vertslandet.

At utvisning kan skje av hensyn til folkehelsen fremgår av direktivets art 27 og 29. Regelen er gjennomført i norsk rett gjennom utlendl. § 123 der det fremgår at en EØS-borger kan utvises av hensyn til folkehelsen. Da bestemmelsene i direktivet og utlendingsloven også her langt på vei er sammenfallende behandles de i det følgende under ett.

Vilkårene i art 27 nr 2, 3 og 4 samt art 28 gjelder ikke ved utvisning av hensyn til folkehelsen. Det vil blant annet si at det ikke skal foretas noen forholdsmessighetsvurdering

⁶⁸ Se psykisk helsevernloven § 3-3 (1) nr 3 bokstav b.

etter art 28 nr 1 (se nærmere om denne vurderingen i kapittel 4) ved denne typen utvisninger. Videre vil det si at vilkåret om at proporsjonalitetsprinsippet må overholdes som fremgår av art 27 nr 2 ikke gjelder. Som redegjort for under punkt 1.5 er det imidlertid slik at proporsjonalitetsprinsippet gjelder generelt ved alle inngrep i grunnleggende friheter. Proporsjonalitetsprinsippet gjelder derfor i utgangspunktet også ved utvisning av hensyn til folkehelsen. Vilråene for utvisning av hensyn til folkehelsen er imidlertid såpass strenge og detaljerte at det er vanskelig å tenke seg at det er rom for en proporsjonalitetsvurdering dersom disse først er oppfylt.

Det er i direktivet redegjort nærmere for når utvisning av hensyn til folkehelsen kan skje. I art 29 (1) fremgår det at kun noen typer sykdommer kan begrunne utvisning. Dette er sykdommer med epidemisk potensial som definert av WHO eller andre smittsomme infeksjonssykdommer eller parasittsykdommer. Det er videre et vilkår for utvisning at beskyttelsestiltak som berører statsborgere av vertslandet er iverksatt.

Av art 28 (2) fremgår det at sykdommer som viser seg mer enn tre måneder etter innreise i vertslandet ikke kan danne grunnlag for utvisning. Adgangen til utvisning av hensyn til folkehelsen er altså tidsbegrenset og kan kun gjøres gjeldende de tre første månedene etter at EØS-borgeren har ankommet vertslandet. Dette må antas å henge sammen med prinsippet om ikke-diskriminering i TFEU art 18. Et medlemsland kan også oppleve problemer med for eksempel epidemier som smitter mellom egne statsborgere, de må i så fall håndtere dette uten å fjerne personene fra landet. Det må derfor antas at de kan behandle EØS-borgere fra andre land på samme måte som egne statsborgere i samme situasjon vil bli behandlet.

Vilkårene knyttet til hvilken type sykdom det må dreie seg om som fremgår av direktivets art 29 og tidsbegrensningen som fremgår av direktivets art 28 (2) er ikke gjennomført i norsk rett ved lov eller forskrift. Vilråene fremgår imidlertid av merknaden til utlend § 123 som er inntatt i ot.prp.nr.72 (2007-2008) s. 68 og 69.

3.6 Oppsummering

I dette kapittelet har det gått frem at en EØS-borger må utgjøre en alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn før utvisning kan foretas. I praksis vil dette si at det må

være en nærliggende fare for at vedkommende vil begå alvorlige lovbrudd eller bedrive annen samfunnsskadelig atferd i fremtiden. For personer som har oppholdt seg fem eller ti år i Norge er terskelen for utvisning enda høyere.

Videre er det påvist at vilkårene hovedsakelig er en kodifisering av EU-domstolens praksis på bakgrunn av proporsjonalitetsprinsippet. Dette prinsippet er derfor sentralt som bakteppe ved tolkning og anvendelse av vilkårene.

Statene har skjønnsfrihet til selv å fastsette det nøyaktige innholdet i utvisningsvilkårene. Det vil si at statene i utgangspunktet selv kan avgjøre hva som i det enkelte tilfelle skal til for at noen anses som en trussel i direktivets forstand, så lenge statene holder seg innenfor direktivets rammer. Dette er en følge av at EU- og EFTA-domstolen er tilbakeholdne med å prøve den delen av proporsjonalitetsprinsippet som kalles forholdsmessighet i snever forstand (se punkt 2.2.3).

De skjønnspregede vilkårene sett i sammenheng med det at statene selv kan velge om de faktisk ønsker å benytte utvisningsadgangen der de EØS-rettslige vilkårene er oppfylte, gjør at statene har relativt stor frihet til å utforme nasjonale utvisningsbestemmelser, på tross av at direktivet setter terskelen for utvisning høyt. De norske utvisningsbestemmelsene er imidlertid likt utformet som de EØS-rettslige reglene. I utlend § 122 (3) og utlendingsforskriften § 19-29 er det riktignok gitt noen eksempler på hvordan utvisningsreglene skal praktiseres i Norge, men i de fleste situasjoner er det norske regelverket like skjønnspreget som det EØS-rettslige.

Det at Norge har utformet de norske utvisningsbestemmelsene så pass likt de EØS-rettslige reglene, henger dårlig sammen med den skjønnsfriheten som følger av begrenset prøvingsintensitet fra EU- og EFTA-domstolens side. EØS-retten åpner på dette området for at det enkelte land kan fastsette de nærmere vilkårene for utvisning innefor rammene EØS-retten gir. Det hadde derfor vært mulig å utforme vilkårene i den norske lov- eller forskriftsteksten mer detaljert.

De skjønnsmessige kriteriene kan anses som et rettssikkerhetsproblem fordi de gjør det svært vanskelig å forutse hva som skal til for å bli utvist. I NOU 2004:20 Ny utlendingslov uttales følgende om den daværende bestemmelsen i utlendingsloven § 58: ”Bestemmelsen

gjengir EØS-rettens krav til hvilken ramme EØS-landene må holde seg innenfor (offentlig orden, sikkerhet eller folkehelsen), men fastsetter ingen mer konkrete vilkår for når utvisning kan skje. Etter utvalgets vurdering er dette uheldig. En slik mangel på mer tydelige kriterier for når utvisning kan skje, er ikke fullt tilfredsstillende ut fra hensynet til rettssikkerhet. Utvalget vil på denne bakgrunn foreslå at det i en ny lov fremgår at heller ikke en utlending som er omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen skal kunne utvises uten at de alminnelige vilkår for utvisning er oppfylt.”⁶⁹

I *Kommisjonen v. Nederland* ble Nederlands lovgivning om utvisning imidlertid ansett å være i strid med EØS-retten. Den nederlandske lovgivningen ga anvisning på at EØS-borgere som ikke hadde lovlig opphold kunne utvises dersom de var dømt for en forbrytelse med strafferamme på minst tre år. Lovgivningen sikret ikke at det ble vurdert om det forelå en tilstrekkelig alvorlig trussel mot den offentlige orden. Denne avgjørelsen viser at det å kun foreta en oppregning av hva slags lovbrudd som kan føre til utvisning ikke er i tråd med EØS-retten. De nasjonale reglene må også sikre at vilkårene som oppstilles i direktivet blir overholdt. Dette gjør at det kan være vanskelig å utforme velfungerende lovregler som både er detaljerte og sikrer at vilkårene i direktivet ivaretas.

I Rt 2009 s. 705 prøver Høyesterett gyldigheten av et vedtak om utvisning av en EØS-borger. Høyesterett prøver da om forvaltningen har holdt seg innenfor de rammene som er angitt i den norske lovteksten.⁷⁰ Domstolene prøver derimot ikke hvorvidt utvisning *bør* skje i dette konkrete tilfellet. Når den norske lovteksten er en direkte gjennomføring av EØS-retten blir Høyesteretts rolle da veldig lik EFTA-domstolens. Norske domstoler kontrollerer i praksis om minstekravene i EØS-retten er oppfylt.

Det er ikke gitt at norske domstoler skal være like tilbakeholdne med prøvingen av utvisningsvedtak som det EFTA-domstolen er. Nasjonale domstoler har en annen rolle enn EFTA-domstolen, ved at norske domstoler er bedre egnet til å avveie nasjonale hensyn og behov. Det kan imidlertid innvendes at norske domstoler generelt sett er tilbakeholdne med å prøve typiske politiske vurderinger, som for eksempel om utvisning *bør* foretas i et gitt

⁶⁹ NOU 2004:20 Ny utlendingslov s. 314.

⁷⁰ Se Rt. 2009 s. 705 premiss 58

tilfelle. Det kan derfor være uheldig om domstolene skal gå lenger i saker på EØS-rettens område enn ellers.

I utvisningssaker etter utlendingslovens alminnelige regler prøver norske domstoler kun om vilkårene er oppfylte. Det såkalte ”kan-skjønn”, som er knyttet til om utvisning bør skje i det enkelte tilfellet, prøves derimot i utgangspunktet heller ikke i utvisningssaker etter utlendingslovens alminnelige regler.⁷¹

I tredjelandssaker er imidlertid grunnvilkårene for utvisning mer detaljerte, dette gjør at forvaltningen i mindre grad fastsetter praksis rundt utvisning på egen hånd. Forvaltningens spillerom er derfor større i saker om EØS-borgere enn i alminnelige utvisningssaker. Om man ikke ønsker at domstolene skal overprøve mer politiske vurderinger av om utvisning bør foretas, er et alternativ å utforme mer detaljerte vilkår for utvisning slik at domstolen i hvert fall kan prøve om disse er overholdt. Slike vilkår ville også skape større forutsigbarhet for den enkelte.

Det kan imidlertid diskuteres om ikke vilkårene som gjelder i tredjelandssaker gjelder som en nedre grense for når utvisning kan skje også i saker om utvisning av EØS-borgere. Det følger av unionsborgerdirektivets art 37 at direktivet ikke berører *”lover og forskrifter i medlemsstatene som er gunstigere for personer omfattet av dette direktiv.”* Dette kan både forstås som at statene ikke kan ha gunstigere ordninger for andre utlendinger enn for EØS-borgere og som at dersom reglene for EØS-borgere som gjaldt før direktivet trådte i kraft var gunstigere enn direktivreglene skal disse ikke endres. Hvorvidt de norske tredjelandreglene etter unionsborgerdirektivet må gjelde som en skranke for utvisning av EØS-borgere fremstår derfor som uklart. Jeg kan heller ikke se at dette er behandlet i de norske forarbeidene til utlendingsloven, det er derfor også uklart om et slikt system følger av norsk rett. I praksis vil det sannsynligvis være slik at det skal svært mye til før en EØS-borger utvises før vilkårene for tredjelandsborgere er oppfylt. Da det er usikkert hvorvidt tredjelandreglene utgjør noen formell skranke, samt at den EØS-rettslige reguleringen gjør at vilkårene ikke nødvendigvis passer like godt, bidrar dette likevel kun i begrenset grad til forutsigbarhet rundt vilkårene for utvisning av EØS-borgere.

⁷¹ Se Rt 1998 s.1795 siste avsnitt på dommens s. 1803

Resultatet av dagens norske lovverk er at UNE og UDI forvalter den skjønnsfriheten som er gitt i EØS-retten. UNE er ikke underlagt politisk instruksjonsmyndighet, jf utlendl § 76 (2). Det politiske spørsmålet om hva som skal til for at EØS-borgere utvises er derfor utenfor rekkevidde for norske politikere. Videre er vurderingen av om utvisning bør skje i det enkelte tilfelle ikke underlagt domstolskontroll.

4 Forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 122(4)

4.1 Innledning

I dette kapittelet gis det en redegjørelse for forholdsmessighetsvurderingen etter direktivets art 28 nr 1 og utlendl § 122 (4). Etter dette diskuteres Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt 2009 s. 705, der bestemmelsen som var forgjengeren til utlendl § 122 (4) ble vurdert.

Det vil fremgå at forholdsmessighetsvurderingen etter direktivets art 28 nr 1 og utlendl § 122 (4) tar opp i seg vernet etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (heretter EMK) art 8, men også favner videre enn denne bestemmelsen. Videre fremgår det at også proporsjonalitetsprinsippet kan spille inn ved forholdsmessighetsvurderingen etter art 28 nr 1 og utlendl § 122 (4).

Forholdsmessighetsvurderingen etter direktivets art 28 nr 1 og EMK art 8 er svært skjønsmessig. Her gis altså Norge stor frihet til å ivareta nasjonale hensyn og behov både etter EØS-retten og EMK.

Begrepet ”proporsjonalitetsprinsippet” brukes gjennomgående om det generelle EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet, mens begrepet ”forholdsmessighetsvurdering” brukes om den vurderingen som skal foretas etter unionsborgerdirektivet art 28 nr 1 og utlendl § 122 (4).

4.2 Generelt om forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 122 (4)

Dersom de objektive grunnvilkårene for utvisning er oppfylt, må det vurderes hvorvidt utvisningen anses forholdsmessig. Dette følger av direktivets art 28 nr 1 og utlendl § 122 (4).

I art 28 nr 1 er det angitt hvilke hensyn som skal veies mot hverandre. Det fremgår av bestemmelsen at både hensynet til lengden på oppholdet i vertsstaten, vedkommendes alder, helsetilstand, familiesituasjon og økonomiske situasjon, samt sosiale og kulturelle integrering i vertsstaten og tilknytning til hjemstaten skal trekkes inn i vurderingen.

Også før vedtakelsen av art 28 i unionsborgerdirektivet ble en del av momentene som er opplistet i art 28 nr 1 trukket inn i en vurdering av om et utvisningstiltak var lovlig etter EU-retten. Dette ble gjort under henvisning til vernet om familieliv i EMK art 8 og proporsjonalitetsprinsippet. Vurderingene disse reglene gir anvisning på behandles nærmere under punkt 4.3 og 4.4.

Rettighetene i EMK er av EU-domstolen ansett å utgjøre fundamentale rettigheter som er beskyttet i EU-retten. I en tolkningsavgjørelse i *Orfanapolous og Oliveri m.fl.* besvarer EU-domstolen en rekke spørsmål knyttet til utvisning av to unionsborgere fra Tyskland. Den tyske domstolen spør blant annet om det er forenlig med EU-retten å utvise en person med lang botid i landet under henvisning til hensynet til offentlig orden, der det kan forventes at personen vil begå kriminelle handlinger igjen og der det ikke kan forventes at familien hans vil flytte med ham tilbake til hans hjemland.⁷² I sitt svar fremholder domstolen at det er opp til domstolen i det enkelte land å finne en balanse mellom de legitime hensyn som skal tas i betraktning. Domstolen gir imidlertid anvisning på hvilke hensyn den nasjonale domstolen må ta i betraktning ved avgjørelsen. Domstolen uttaler at grunnleggende rettigheter må tas i betraktning, det pekes da særlig på beskyttelse av

⁷² Forenede saker C-482/01 og C-493/01 Georgios Orfanopoulos m.fl og Raffaele Oliveri mot Land Baden-Württemberg premiss 83.

familieliv etter EMK art 8. Videre fremholder domstolen at proporsjonalitetsprinsippet må respekteres.⁷³

Det er altså klart at både vernet etter EMK art 8 og proporsjonalitetsprinsippet etter EU-retten må ivaretas ved en utvisning. Jeg skal i det følgende si noe om hvilken rolle henholdsvis EMK art 8 og proporsjonalitetsprinsippet spiller i forholdsmessighetsvurderingen.

4.3 EMK art 8 som del av forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 122 (4)

Vernet etter EMK art 8 er som nevnt over ansett å være en del av EU-retten.

EU-domstolen har flere ganger uttalt at rettighetene nedfelt i EMK er en del av de grunnleggende prinsippene i EU-retten. EU-domstolen tolker selv bestemmelsene i EMK, men tolkningen følger samme spor som Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter EMD). Menneskerettighetenes plass i EØS-retten er derimot noe mer uklar.⁷⁴ Det er imidlertid sikkert at EMK art 8 vil gjelde som skranke for utvisningsadgangen etter norsk rett, se menneskerettsloven § 2.

For å bli beskyttet av EMK art 8 må det foreligge privatliv eller familieliv i bestemmelsens forstand. EMDs praksis viser at ordet ”*familieliv*” er tolket vidt. Det avgjørende er om det reelt sett foreligger nære personlige og følelsesmessige bånd.⁷⁵ Det er ikke et vilkår at personen det gjelder er gift. I utgangspunktet er det heller ikke et vilkår at et par er samboende, men det skal mye til før familieliv anses etablert når paret ikke er gift eller samboende.⁷⁶ Familieliv anses automatisk å foreligge mellom barn og foreldre.⁷⁷ Begrepet ”K” er knyttet til de sosiale og kulturelle båndene en person har til det samfunnet han lever i.⁷⁸

⁷³ Ibid premiss 97-99.

⁷⁴ Se Grimelid (2005) for mer om dette.

⁷⁵ Boeles (et.al.) (2009) s. 146.

⁷⁶ Ibid s.146.

⁷⁷ Ibid s. 147.

⁷⁸ Ibid s. 149.

Dersom det kan påvises at det foreligger privatliv eller familieliv er dette etter bestemmelsens første ledd i utgangspunktet beskyttet fra inngrep av myndighetene. Dette er imidlertid ingen absolutt rettighet. I bestemmelsens annet ledd gis det anvisning på at inngrep i rettigheten likevel kan skje i enkelte tilfeller. Det avgjørende kriteriet er om et inngrep vil være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. For å avgjøre når et inngrep er nødvendig må det etter bestemmelsen foretas en forholdsmessighetsvurdering, der hensynet til statenes behov for å kontrollere immigrasjon må holdes opp mot enkeltpersoners ønske om å bevare familieliv og privatliv. Det finnes en omfattende praksis fra EMD om når et inngrep anses å være ”nødvendig” i bestemmelsens forstand.

Boutlif dreide seg om en Algerisk statsborger som bodde i Sveits og var gift med en sveitsisk statsborger. Han ble dømt til to års fengsel for ran og overfall. Etter dette ville ikke myndighetene fornye oppholdstillatelsen hans. EMD mente dette var i strid med EMK art 8. Domstolen la da særlig vekt på at den sveitsiske kona ikke hadde noen bånd til Algerie og at det ikke kunne forventes at hun fulgte etter sin mann dit. Paret ble derfor ikke ansett å ha mulighet til å etablere et samliv sammen andre steder enn i Sveits⁷⁹

I *Boutlif* formulerte EMD en rekke kriterier for å vurdere hvorvidt et tiltak kan ansees nødvendig i henhold til EMK art 8. Domstolen uttalte følgende:

” In assessing the relevant criteria in such a case, the Court will consider the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; the length of the applicant’s stay in the country from which he is going to be expelled; the time elapsed since the offence was committed as well as the applicant’s conduct in that period; the nationalities of the various persons concerned; the applicant’s family situation, such as the length of the marriage; and other factors expressing the effectiveness of a couple’s family life; whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; and whether there are children in the marriage, and if so, their age. Not least, the Court will also consider the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in

⁷⁹ EMD 2. august 2001 *Boutlif v Switzerland* premiss 53.

the country of origin, though the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse cannot in itself exclude an expulsion.”⁸⁰

*Üner*⁸¹ dreide seg om rettmessigheten av å utvise en tyrkisk statsborger med to barn fra Nederland. I *Üner* oppstilte domstolen to kriterier som kommer i tillegg til *Boutlif* kriteriene. Domstolen fremholdt der at det også må tas hensyn til hva som er best for involverte barn, særlig vanskeligheter barna vil møte i landet foreldrene utvises til. Videre at det må legges vekt på de sosiale, kulturelle og familiemessige båndene utlendingen har til henholdsvis vertslandet og hjemlandet. Domstolen konkluderte likevel med at utvisningen i den konkrete saken ikke var i strid med EMK art 8. Det dreide seg om alvorlig kriminalitet, drap og overfall, og på den andre siden bodde ikke lenger utlendingen sammen sin familie.⁸²

I *Maslov v. Austria*⁸³ behandlet EMD en sak om en 16 år gammel bulgarsk statsborger som var andre generasjons innvandrere. Domstolen fremholdt i saken at for en innvandrere som har oppholdt seg hele eller mesteparten av sitt liv i vertslandet skal det svært tungtveiende grunner til før utvisning kan skje.⁸⁴ I denne saken ble utvisningen funnet å være i strid med EMK art 8. Domstolen har imidlertid understreket at alvorlig kriminalitet kan begrunne utvisning selv der det dreier seg om personer som er oppvokst i vertslandet.⁸⁵

De momentene som er opplistet i EMDs praksis er langt på vei sammenfallende med de som følger direkte av direktivets art 28 nr 1. Både varigheten av oppholdet i vertslandet, alder, familiesituasjon, kulturell integrasjon i vertsstaten og tilknytning til hjemstaten er momenter som også er relevante etter EMK art 8. Det kan derfor sies at art 28 nr 1 langt på vei ”speiler” vernet etter EMK art 8.

⁸⁰ Ibid premiss 48.

⁸¹ EMD 18. oktober 2006 *Üner v. The Netherlands*.

⁸² Ibid premiss 62-63.

⁸³ EMD 23.juni 2008 *Maslov v. Austria*.

⁸⁴ Ibid premiss 75.

⁸⁵ Boeles, Pieter [et.al] (2009) s. 161.

Det er imidlertid noen momenter som nevnes i art 28 nr 1, men som ikke er nevnt i de tidligere opplistede vilkårene som fremgår av EMDs praksis. Dette gjelder blant annet utlendingens økonomiske situasjon og helsetilstand. I forarbeidene til direktivet fremholdes det at bestemmelsen i art 28 nr 1 er ment å gi et økt vern mot utsendelse⁸⁶. Dette tyder på at bestemmelsen er ment å nettopp være noe avvikende fra en alminnelig vurdering etter EMK art 8.

Det at noen momenter ikke fremgår direkte av kriteriene fra *Boutlif* og *Üner* betyr imidlertid ikke at momentene ikke kan tenkes å være relevante ved en vurdering etter EMK art 8. Kriteriene som listes opp i *Boutlif* og *Üner* er ikke uttømmende. Det kan derfor hevdes at alle momentene som nå er en del av art 28 nr 1 er relevante også etter EMK art 8. Det at momentene er eksplisitt nevnt i art 28 nr 1 medfører imidlertid at de må tas i betraktning når det gjelder EØS-borgere og at de kanskje vil ha noe større vekt ved utvisning av EØS-borgere enn ellers. På denne måten kan selve oppstillingen i seg selv sies å være en form for økt vern. Kanskje er det også dette det siktes til i den ovennevnte arbeidsuttalelsen.

4.4 Det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet som del av forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 122 (4)

I UDIs rundskriv fremholdes det at proporsjonalitetsprinsippet i sin helhet er kodifisert gjennom utlendl § 122. Det sies at egnethets- og nødvendighetsvurderingen er kodifisert gjennom utlendl § 122 (1) og (2). I rundskrivet forutsettes det videre at den delen av proporsjonalitetsprinsippet som består i vurdering av forholdsmessighet i snever forstand er sammenfallende med utlendl § 122 (4).⁸⁷

I den felles holdningen fra Parlamentet og Rådet, som er et av direktivets EØS-rettslige forarbeider, omtales vurderingen i art 28 nr 1 som en vurdering som kommer i tillegg til proporsjonalitetsprinsippet.⁸⁸ Det forutsettes altså der tilsynelatende at

⁸⁶ KOM (2001) 257 endelig s. 21 (se merknad til artikkel 26 nr 1).

⁸⁷ RS 2010-022 punkt 5.2.

⁸⁸ Fælles holdning (EF) Nr. 6/2004 premiss 23.

proporsjonalitetsprinsippet er noe annet enn det som følger av forholdsmessighetsvurderingen.

Det er altså flere ulike måter å se forholdet mellom art 28 nr 1 og proporsjonalitetsprinsippet på. Man kan se art 28 nr 1 som et uttrykk for deler av proporsjonalitetsprinsippet slik det forutsettes i UDIs rundskriv. Dette innebærer at forholdsmessighetsvurderingen i art 28 nr 1 både rommer hensyn som er relevante under EMK art 8 og hensynet til fri bevegelighet. En annen synsvinkel er at proporsjonalitetsprinsippet er kodifisert gjennom art 27 samt 28 nr 2 og 3 og at det derfor ikke er rom for hensynet til fri bevegelighet i vurderingen etter art 28 nr 1. Det sistnevnte synet vil være sammenfallende med den som fremgår av den ovennevnte felles holdningen fra parlamentet og rådet.

Dersom en ser bestemmelsene i direktivet i sammenheng er det i praksis slik at de fleste aspektene ved proporsjonalitetsprinsippet vil være fanget opp i direktivets art 27 og 28 nr 2 og 3. Som nevnt vil utvisning i de fleste tilfeller være et effektivt tiltak for å beskytte samfunnet mot den trusselen en utlending representerer. Vilklårene i art 27 sikrer også langt på vei at det dreier seg om en akutt og alvorlig fare, som ikke kan avhjelpes ved andre tiltak. Da vilklårene medfører at utvisning kun kan skje i svært alvorlige tilfeller vil dette si at statene ikke står helt fritt til å definere innholdet i begrepene offentlig orden og sikkerhet. Som nevnt innebærer dette at det indirekte legges føringer på statenes beskyttelsesnivå. Dette gjør da at det i praksis blir lite rom for en prøving av forholdsmessighet i snever forstand utover det som følger av direktivets art 27 og 28 nr 2 og 3, og det er dermed et argument som trekker i retning av synet i de EØS-rettslige forarbeidene.

Det kan likevel ikke utelukkes fullstendig at proporsjonalitetsprinsippet kan tenkes å få betydning også utover det som følger direkte av art 27 og 28 nr 2 og 3. Under følger noen eksempler på at prinsippet kan ha betydning utover det som følger direkte av direktivteksten.

Det kan tenkes tilfeller der mindre inngripende tiltak enn utvisning er aktuelle. I slike tilfeller tilsier proporsjonalitetsprinsippet at disse skal benyttes i stedet for utvisning. Det

kan for eksempel tenkes at et rehabiliteringstiltak for tidligere innsatte er så effektivt at risikoen for tilbakefall anses som svært liten ved deltakelse på programmet. I slike tilfeller kan utvisning være vanskelig å rettferdiggjøre etter proporsjonalitetsprinsippet. Det samme gjelder behandlingstiltak overfor psykisk syke som representerer en fare på grunn av sin sykdom, men som kan tenkes å bli bedre ved at behandlingstiltak iverksettes.

Videre kan utvisning hindre et familiemedlem til den som blir utvist i å utøve sin rett til fri bevegelse. Dersom to EØS-borgere flytter sammen til Norge og den ene blir utvist, vil dette i praksis gjøre det vanskeligere for den andre å bli. Etter EMK art 8 har slike hensyn normalt liten vekt, dersom paret kan etablere seg sammen i hjemlandet er dette et argument som taler for at utvisning kan skje. Det følger ingen generell rett til å bosette seg i et annet land av den alminnelige folkeretten. I EØS-retten må dette vurderes annerledes, da nettopp retten til å bosette seg i et annet EØS-land er en grunnleggende rettighet.

Disse eksemplene på at proporsjonalitetsprinsippet har betydning utover det som følger direkte av direktivteksten tilsier etter min mening at det bør åpnes for at hensynet til den frie bevegelse kan trekkes inn i forholdsmessighetsvurderingen etter art 28 nr 1, slik det er forutsatt i UDIs rundskriv. Den motsatte løsningen vil kunne føre til at de ikke-kodifiserte delene av prinsippet ikke lenger har noen betydning. Det er etter min mening ikke noe i veien for at det etter art 28 nr 1 både tas hensyn til EMK art 8 og proporsjonalitetsprinsippet. Et annet alternativ er at man anser at proporsjonalitetsprinsippet kan ha betydning ved siden av forholdsmessighetsvurderingen, på ulovfestet grunnlag. Dette vil etter min mening være å komplisere spørsmålet unødvendig.

Det kan innvendes at man ved direktivteksten har ment å avgrense bruken av proporsjonalitetsprinsippet slik at kun de aspekter ved prinsippet som fremgår direkte av direktivteksten skal være relevante. Dette fremstår som lite sannsynlig da det ikke engang er antydning i de EØS-rettslige forarbeidene til bestemmelsen at det var meningen å avgrense bruken av prinsippet ved innføringen av det nye unionsborgerdirektivet. Det er også spesifikt nevnt i unionsborgerdirektivets art 27 nr 2 at proporsjonalitetsprinsippet helt allment er en skranke for utvisningsadgangen.

I direktivets fortale behandles utvisningsadgangen og begrensningene i denne. Her sies blant annet følgende: *”Utvisning av unionsborgere og deres familiemedlemmer av hensyn til den offentlige orden eller sikkerhet er et tiltak som kan være til alvorlig skade for personer som etter å ha gjort bruk av sine rettigheter og friheter i henhold til traktaten er blitt virkelig integrert i vertsstaten. Omfanget av slike tiltak bør derfor begrenses i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet for å ta hensyn til i hvilken grad de berørte personer er integrert, varigheten av deres opphold i vertsstaten, deres alder, helsetilstand, familiesituasjon og økonomiske situasjon samt deres tilknytning til hjemstaten.”*

I denne uttalelsen knyttes de momentene som inngår i unionsborgerdirektivets art 28 nr 1 til proporsjonalitetsprinsippet. De hensynene som også inngår i en tradisjonell vurdering etter EMK art 8, knyttes her opp mot ivaretagelse av retten til fri bevegelse og proporsjonalitetsprinsippet. Dette viser hvor sammenflettet disse to vurderingene i praksis er. Vern mot utvisning vil gjøre det mer attraktivt å benytte retten til fri bevegelse i utgangspunktet, da en ikke trenger å frykte at et etablert familieliv i et annet EØS-land senere brytes opp. De samme momentene kan altså sies å ha sitt utspring både i proporsjonalitetsprinsippet og i EMK art 8. Dette medfører at det ikke er hensiktsmessig å forsøke å komme frem til en forståelse av art 27 og 28 som innebærer at det etableres vanntette skott mellom de delene som er knyttet til EMK art 8 og de delene som er knyttet til proporsjonalitetsprinsippet.

4.5 Avgjørelsen inntatt i Rt 2009 s. 705

I norsk rett har det lenge vært gitt anvisning på at det i alle utvisningssaker, både de som gjelder EØS-borgere og tredjelandsborgere, skal foretas en forholdsmessighetsvurdering. Det følger av utlendl § 70 at en utlending ikke kan utvises *”dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utledingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”* I denne forholdsmessighetsvurderingen må det etter norsk rett tas hensyn til EMK art 8 og Barnekonvensjonens art 3.

Den tilsvarende bestemmelsen for EØS-borgere var etter gammel utlendingslov lik den som gjaldt for tredjelandsborgere. I den nye loven er bestemmelsen utformet likt som

unionsborgerdirektivets art 28 nr 1, med unntak av at det i den norske teksten fremgår at barnets beste skal med i vurderingen.

I avgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 705 behandlet Høyesterett gyldigheten av et utvisningsvedtak rettet mot en EØS-borger. Denne avgjørelsen er basert på § 58 i utlendingsloven av 1988 og direktiv 64/221/EØF, som gjaldt før unionsborgerdirektivet trådte i kraft. Da det nye direktivet på dette området er en kodifisering av tidligere rettspraksis, er denne avgjørelsen likevel av interesse. På samme måte som etter den nye utlendingsloven skulle det etter den gamle § 58 (5) foretas en forholdsmessighetsvurdering. Høyesterett måtte ta stilling til om forholdsmessighetsvurderingen ble sammenfallende i saker som gjaldt EØS-borgere og i saker om tredjelandsborgere. Høyesterett uttaler blant annet følgende:

” Praksis ved EF-domstolen peker heller ikke i retning av særbehandling av borgere fra EØS-området. Praksis der synes tett knyttet opp mot den europeiske menneskerettskonvensjonen, og konvensjonen må nødvendigvis forstås på samme måte i forhold til borgere i EØS-området som i forhold til borgere fra andre regioner. Dette innebærer at den rettspraksis som finnes vedrørende forholdsmessighetsvurderingen i henhold til § 29 og § 30, vil ha den samme vekt i forhold til § 58 fjerde ledd. ”

Det fremstår etter dette som klart at det i norsk rett tidligere var forutsatt at forholdsmessighetsvurderingen som foretas i saker om EØS-borgere er lik den som foretas i andre utvisningssaker. Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt dette synet er i overensstemmelse med unionsborgerdirektivet og den nye utlendl § 122 (4).

Den forholdsmessighetsvurderingen som det gis anvisning på i unionsborgerdirektivet art 28 nr 1 favner om flere momenter enn det som er relevant etter EMK art 8. Det skal etter art 28 nr 1 legges vekt på sosial og kulturell integrering og økonomisk situasjon, dette er hensyn som vil tillegges svært liten vekt etter EMK art 8. Det er imidlertid heller ikke slik at forholdsmessighetsvurderingen etter utlendl § 70 speiler vurderingen etter EMK art 8. Også etter denne bestemmelsen kan hensyn som ikke nødvendigvis er relevante etter EMK art 8 trekkes inn. Det vil imidlertid ikke være noe rom for å se hen til den frie bevegelighet etter utlendl § 70.

Den ovennevnte Høyesterettssaken ble som nevnt avgjort etter gammel lovtekst og før innføringen av art 28 nr 1 og utlendl § 122 (4). I de norske forarbeidene til utlendl § 122 (4) henvises det imidlertid til at det allerede skal foretas en forholdsmessighetsvurdering i norsk rett og at det derfor ikke vil medføre noen rettsendring å implementere art 28 nr 1. Uttalelsen tyder på at lovgiver forutsetter at disse to vurderingene vil være relativt like. Det ble likevel foreslått å utforme utlendl § 122 (4) likt som direktivteksten og ikke lik forholdsmessighetsbestemmelsen som gjelder tredjelandsborgere.

Som drøftet under punkt 4.3 er det mye som tyder på at bestemmelsen i direktivets art 28 nr 1 må tolkes slik at den både tar opp i seg vernet etter EMK art 8 og proporsjonalitetsprinsippet. Dette fordi det kan tenkes situasjoner der proporsjonalitetsprinsippet vil få betydning utover kodifiseringen i art 27 og 28 nr 2 og 3. I slike tilfeller må proporsjonalitetsprinsippet kunne trekkes inn i forholdsmessighetsvurderingen etter art 28 nr 1.

I praksis vil det sannsynligvis være få tilfeller der proporsjonalitetsprinsippet vil gjøre seg gjeldende i forholdsmessighetsvurderingen. I de fleste tilfeller der vilkårene etter art 27 og art 28 nr 2 og 3 er oppfylte kan det vanskelig tenkes forhold hos utlendingen selv som skal trekke i motsatt retning av utvisning. Det mest praktiske vil være at hensynet til familien, da særlig barn, er det som vil kunne begrunne at en EØS-borger likevel får bli. I saken som var oppe for Høyesterett er det for eksempel vanskelig å tenke seg at resultatet hadde blitt et annet dersom proporsjonalitetsprinsippet ble trukket inn i forholdsmessighetsvurderingen. Det kan derfor sies at Høyesteretts angrepsvinkel i praksis var riktig, men at den prinsipielt sett har den svakhet at den ikke åpner for at det kan tenkes tilfeller der proporsjonalitetsprinsippet må trekkes inn i forholdsmessighetsvurderingen.

4.6 Oppsummering

Både proporsjonalitetsprinsippet og EMK art 8 må respekteres ved utvisning av EØS-borgere. Forholdsmessighetsvurderingen etter direktivets art 28 nr 1 og utlendl § 122 (4) favner etter ordlyden innholdet i EMK art 8. I tillegg til å omfatte vernet etter EMK art 8 tar forholdsmessighetsvurderingen også opp i seg elementer fra proporsjonalitetsprinsippet.

Etter unionsborgerdirektivets art 28 nr 1 og EMK art 8 er det opp til statene å foreta den konkrete forholdsmessighetsvurderingen ved å veie de ulike hensynene mot hverandre. I likhet med reguleringen av grunnvilkårene for utvisning er den norske lovteksten også her utformet likt som direktivteksten. Lovgiver utnytter dermed heller ikke her det handlingsrommet som gis i internasjonal rett. Det at forholdsmessighetsvurderingen ikke er detaljregulert er imidlertid prinsipielt sett forskjellig fra det at selve grunnvilkårene for utvisning ikke er nærmere regulert i den norske loven.

En forholdsmessighetsvurdering er ment å være en skjønnsmessig sikkerhetsventil, som skal sikre at anvendelse av grunnvilkårene ikke gir urimelige resultater i enkeltsaker. Å standardisere denne vurderingen vil dermed være svært uheldig og frata den en stor del av sin funksjon.

Forholdsmessighetsvurderingen prøves også fullt ut av norske domstoler. Den er dermed gjenstand for større grad av kontroll enn praktiseringen av grunnvilkårene for utvisning. Dette er begrunnet med at forholdsmessighetsvurderingen er av mer rettslig karakter og dermed egnet for domstolsprøving.⁸⁹

Her har norske domstoler lagt seg på en linje der de kan gå lenger enn det EMD ville gjøre i sin overprøving av forholdsmessigheten av et utvisningsvedtak. EMD gir statene en skjønnsmargin til å fastsette når utvisning er nødvendig i et demokratisk samfunn og så lenge statene holder seg innefor grensene for denne skjønnsfriheten overprøves vurderingen ikke. I Rt. 2000 s.591 fremholdt et flertall av dommerne at norske domstolars prøvingsrett ikke er begrenset av den skjønnsmarginen som fremgår av EMDs praksis i henhold til EMK art 8.⁹⁰

Etter EØS-retten er det opp til statene å fastsette sitt nøyaktige beskyttelsesnivå. I foreleggelsessaker der spørsmål blir forelagt EFTA-domstolen etter ODA⁹¹ art 34 følger

⁸⁹ Se Rt. 1998 s.1795 på dommens s.1803 og Rt.2009 s.1432 premiss 25. Disse sakene gjelder ikke en EØS-borger. I Rt.2009 s.705 som gjelder en EØS-borger prøves imidlertid også tilsynelatende forholdsmessigheten fullt ut av Høyesterett.

⁹⁰ Se Rt. 2000 s. 591 på dommens s. 596 og 599.

⁹¹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA).

det implisitt at EFTA-domstolen ikke skal gå inn og veie de konkrete interessene i den enkelte sak. Også ved traktatbruddssøksmål fra ESA etter ODA art 31, med påstand om at Norge har brutt EØS-retten, vil imidlertid friheten til å fastsette beskyttelsesnivå medføre at EFTA-domstolen er tilbakeholdne med å prøve forholdsmessighetsvurderingen. Norske domstoler prøver derimot forholdsmessighetsvurderingen fullt ut.

Når det gjelder forholdsmessighet etter utlendl § 122 (4) kontrollerer dermed norske domstoler myndighetenes utøvelse av den skjønnsfriheten som gis i det internasjonale regelverket.

5 Avslutning

Utvisning av EØS-borgere fra Norge innebærer et inngrep i retten til fri bevegelse som følger av EØS-retten. Før vedtakelsen av unionsborgerdirektivet var utvisningsadgangen regulert gjennom traktatbestemmelser som ga anvisning på at utvisning kunne skje av hensyn til offentlig orden, sikkerhet eller folkehelsen. EU-domstolen tolket disse bestemmelsene i lys av proporsjonalitetsprinsippet, som regulerer statenes adgang til inngrep i de fire friheter. På bakgrunn av proporsjonalitetsprinsippet utviklet domstolen en rekke ulovfestede vilkår for utvisning av EØS-borgere. Utvisning av EØS-borgere reguleres nå i unionsborgerdirektivet. Ved vedtakelse av dette direktivet ble de domstolsskapte vilkårene tatt inn i direktivteksten. Det medfører at proporsjonalitetsprinsippet delvis er kodifisert gjennom vilkårene i direktivet.

Det skal etter unionsborgerdirektivet mye til før en EØS-borger kan utvises.

Vedkommende må utgjøre en alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn før utvisning er tillatt etter EØS-retten. Det er imidlertid opp til statene selv å fastsette nøyaktig hvor mye som skal til for at en EØS-borger skal anses som en så stor trussel at personen kan utvises.

Dersom en stat anser at grunnvilkårene for utvisning er oppfylt må det etter unionsborgerdirektivet foretas en forholdsmessighetsvurdering før utvisning kan vedtas. Denne forholdsmessighetsvurderingen tar opp i seg vernet om privatliv og familieliv som følger av EMK art 8. I denne oppgaven fremholdes det at også momenter fra proporsjonalitetsprinsippet skal trekkes inn i denne forholdsmessighetsvurderingen, så lenge de ikke er ivaretatt gjennom grunnvilkårene for utvisning.

De norske lovreglene om utvisning er en gjennomføring av disse EØS-rettslige reglene som gir statene en viss skjønnsfrihet til å fastsette den nærmere utvisningsadgangen.

I Norge har man valgt å gjøre de norske gjennomføringsbestemmelsene svært like de EØS-rettslige bestemmelsene. Det vil si at de norske reglene på området er nesten like skjønnsmessige som de internasjonale reglene. I denne oppgaven er det fremhevet at de skjønnsmessige norske reglene er et rettssikkerhetsproblem. Dette begrunnes både i at de skjønnsmessige vilkårene gjør at utvisningsreglene er uforutsigbare og fordi vedtak om utvisning av EØS-borgere i liten grad er gjenstand for norsk domstolskontroll.

Dersom norsk lovgivning inneholdt mer detaljerte utvisningsregler, ville det vært lettere for EØS-borgere å forutse hva som skal til før utvisning foretas. Å kunne forutse sin egen rettsstilling er et viktig prinsipp i en rettsstat.

Videre er vedtakene om utvisning bare i begrenset grad underlagt domstolskontroll. Norske domstoler kontrollerer hvorvidt vedtakene er i overensstemmelse med minstekravene som følger av EØS-avtalen og de prøver forholdsmessighetsvurderingen fullt ut. Domstolene kontrollerer derimot ikke om den skjønnsfriheten EØS-retten gir bør benyttes i det enkelte tilfelle. Slik domstolskontroll foretas heller ikke i alminnelige utvisningssaker. Vilårene som gjelder EØS-borgere er imidlertid mindre detaljerte enn vilårene i alminnelige utvisningssaker, dette gjør at forvaltningen får særlig stort spillerom i EØS-sakene. Resultatet er at det langt på vei er opp til UDI og UNE å fastsette når utvisningsadgangen etter EØS-retten skal benyttes, uten at denne vurderingen er gjenstand for rettslig kontroll av norske domstoler.

De skjønnsmessige reglene kan også sees som et demokratiproblem. UNE fatter de endelige beslutningene om utvisning, og i motsetning til det som er vanlig i forvaltningen

er UNE ikke underlagt instruksjonsrett. Det gjør at praktiseringen av utvisningsreglene heller ikke kan overstyres politisk. Det at UNE ikke kan instrueres kan generelt sett sees som problematisk, da utlendingsforvaltning er et svært politisk område. Et offentlig oppnevnt utvalg som skal vurdere klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet har også nylig foreslått å gi departementet myndighet til å gi UNE generelle instruksjoner om behandlingen av saker etter utlendingsloven.⁹²

Når det gjelder et område der de norske reglene er basert på internasjonale bestemmelser er denne manglende politiske styringen mer uheldig enn ellers. Det blir stadig diskutert om man gjennom EØS-avtalen har overlatt for mye suverenitet til EU. Hvorvidt de internasjonale menneskerettighetenes sterke stilling fører til rettsliggjøring av samfunnet og fratar nasjonale politikere makt er også gjenstand for debatt.⁹³ I forlengelsen av dette ville større bevissthet rundt å utnytte den skjønnsfriheten de internasjonale reglene faktisk gir på et politisk betent område være naturlig.

⁹² *Delutredning om utvidet instruksjonsmyndighet over Utlendingsnemnda* (2010) s. 85

⁹³ Dette er blant annet blitt debattert med utgangspunkt Makt- og demokratiutredningens syn på rettsliggjøring. Se Østerud (2006) og Andenæs (2006) om denne debatten.

6 Kildeliste

Bøker og artikler:

Andenæs, Kristian. Om maktens rettsliggjøring og rettsliggjøringens maktpotensial. I: Tidsskrift for samfunnsforskning. 2006, s. 587

Areses, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode*. Oslo, 2009

Barnard, Catherine. *The substantive law of the EU*. 2.utg. 2007

Boeles, Pieter, Heijer, Maarten den, Lodder, Gerrie og Wouters, Kees. *European Migration law*. Leiden, 2009

Bunæs, Runa... [et.al.] *Utlendingsrett*. Oslo, 2004.

Condinanze, Massiomo, Lang, Alessandra og Nascimbene, Bruno. *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*. Leiden/Boston, 2008

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. 8.utg. Oslo, 2006.

Foster, Nigel. *Foster on EU law*. 2.utg. 2009

Lilli, Marco. Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett. I: Lov og Rett. 1999, s. 515-536

Mathisen, Gjermund. Om proporsjonalitetsprinsippet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter. I: Jussens Vernner. 2007, s. 80-92

Sejerstedt, Fredrik...[et al.]. *EØS-rett*. 2.utg. Oslo, 2004

Tridimas, Takis *The General Principles of EU Law*. 2.utg. London, 2006

Østerud, Øyvind. Rettsliggjøring og demokrati. I: Tidsskrift for samfunnsforskning. 2006, s. 613

Studentavhandlinger:

Grimelid, Ane. Menneskerettigheter i EØS-retten – suverenitet og harmonisering. 2005.

Avhandlingen er tilgjengelig på: <http://www.duo.uio.no/sok/search.html> (sitert 22.04.10)

Rettspraksis:**Norsk rettspraksis**

Rt.1998 s. 1795

Rt.2000 s. 591

Rt. 2009 s. 705

Dansk rettspraksis

Sag 425/2008 avsagt av Højesterett 19. Oktober 2009

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

E-3/06 Ladbroke's Ltd. og Staten v/ Kultur- og kirkedepartementet, Staten v/Landbruks- og matdepartementet.

E-1/09 EFTA Surveillance authority v. The principality of Lichtenstein.

Rettspraksis fra EU-domstolen

11/70 Internationale Handelsgesellschaft, Saml. 1970 s. 01125

41-74 Yvonne Van Duyn mod Home Office, Saml. 1974 s. 01337

30/77 Regina mod Pierre Bouchereau, Saml. 1977 s. 01999

115 og 116/81 Rezguia Adoui mot den Belgiske Stat og byen Liège og Dominique Cornuaille mot den Belgiske Stat, Saml. 1982 s. 01665

C-169/91 Council of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc, Saml. 1992 s. I-06635

C-184/99 Rudy Grzelczy mod Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Saml. 2001 s. I-6193

C-100/01 Aitor Oteiza Olazabal mot Minsitrede l'Intérieur, Saml. 2002 s. I-10981

C-482/01 og C-493/01 Georgios Orfanopoulos m.fl og Raffaele Oliveri mot Land Baden-Württemberg, Saml. 2004 s. I-05257

C-112/05 Kommisjonen for De Europæiske Fællesskaber mod Forbundsrepublikken Tyskland, Saml. 2007 s. I-08995

C-50/06 Kommisjonen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene, Saml. 2007 s. I-04383

Rettspraksis fra EMD

EMD 2. August 2001, Boutlif v. Switzerland

EMD 18. oktober 2006, Üner v. The Netherlands

EMD 23.juni 2008, Maslov v. Austria

Praksis fra UNE:

Vedtakene er hentet fra UNEs praksisbase: <http://www.une.no/Praksis2/Praksisbase/>

Referansene til vedtakene er: 1653050550 og 0324608314

Et vedtak er det gitt innsyn i etter henvendelse til UNE. Dette er ikke tilgjengelig i praksisbasen. Vedtaket er fattet av UNE i november 2009.

Lovgivning:

Internasjonale konvensjoner

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA)

Den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

FNs konvensjon om barnets rettigheter

Traktaten om den Europæiske Union (TEU)

Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåte (TFEU)

EØS-rettslige direktiver

Rådsdirektiv 64/221/EF av 25. februar 1964 om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statborgere som er begrunnet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen.

Rådsdirektiv 90/364/EF av 28. juni 1990 om oppholdsrett

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium. Den norske versjonen av teksten er hentet fra St.prp.nr.42 (2007-2008). De andre språkversjonene, herunder den engelske og svenske, er tilgjengelige på:
<http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm> (sitert 22.04.10)

Norsk lovgivning

Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr 10

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr 30

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. mai 2008 nr 35

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 10. oktober 2009

Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 2. juli 1999 nr 62

Forarbeider:

Norske forarbeider

NOU 2004:20 Ny Utlendingslov

Ot.prp.nr.72 (2007-2008) Om lov om endringer i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.)

Delutredning om utvidet instruksjonsmyndighet over Utlendingsnemnda. Fra utvalget som skal vurdere organiseringen av klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet.

Avgitt til Justis- og politidepartementet 26. mars 2010.

EØS-rettslige forarbeider

Kommisjonens utkast til Europa-Parlamentets og rådets direktiv om unionsborgere og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, KOM (2001) 257 endelig

Fælles holdning (EF) Nr. 6/2004 vedtaget af Rådet den 5. december 2003 med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/.../EFaf...om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EØF) nr. 1612/28 og om ophævelse af direktiv64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (2004/C 54 E/02)

Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk 2, andet afsnit vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgere og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område i kommentaren til art 27. SEK/2003/1293 endelig udgave-COD 2001/0111

Rundskriv:

UDIs rundskriv om Bortvisning og utvisning av EØS-borgere av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet. RS 2010-022. Saksnummer: 09/4621.

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

Brussels, 2.7.2009. COM (2009) 313 final.

Annet:

Avisartikkel fra Aftenposten.no

<http://www.aftenposten.no/fakta/innsikt/article3523473.ece> (sitert 15.04.10)

Avisartikkel fra VG.no

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=514856> (sitert 15.04.10)

7 Vedlegg

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. mai 2008 nr 35, § 122

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, art 27 til 29

